

Union og suverenitet

Noreg si folkerettslege stilling før 1905

Kandidatnr: 549

Veileder: Dag Michalsen

Leveringsfrist: 10.04.04

Til sammen 39999 ord

(* se <http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/>)

05.04.2004

Innholdsliste

<u>1</u>	<u>INNLEIING</u>	<u>3</u>
1.1	PROBLEMSTILLINGA	3
1.2	OM KJELDENE OG METODEN	7
1.3	DEN VIDARE FRAMSTILLINGA	11
<u>2</u>	<u>FOLKERETTEN I DET 19. HUNDREÅRET</u>	<u>13</u>
2.1	DET NYE SYNET PÅ FOLKERETTEN - POSITIVISMEN	13
2.2	FOLKERETTSLITTERATUREN I UNIONSTIDA	15
<u>3</u>	<u>STATAR OG STATSSAMSKIPNADER I FOLKERETTSTEORIEN</u>	<u>18</u>
3.1	INNLEIING	18
3.2	SUVERENITET SOM NORM FOR KLASSIFISERINGA AV STATAR	19
3.3	DET FOLKERETTSLEGE LIKSKAPSPRINSIPPET	23
3.4	KLASSIFISERING AV STATAR OG STATSSAMSKIPNADER I FOLKERETTSTEORIEN	25
3.4.1	REALUNION	26
3.4.2	PERSONALUNION	37
3.4.3	JELLINEK OG "DIE LEHRE VON DEN STAATENVERBINDUNGEN"	38
3.4.4	SYNET PÅ DEN SVENSK-NORSKE UNIONEN I INTERNASJONAL FOLKERETTSTEORI	43
<u>4</u>	<u>FOLKERETTEN OG UNIONEN</u>	<u>45</u>
4.1	INNLEIING	45
4.2	INNHALD, OMFANG OG KLASSIFISERING	46
4.2.1	UNIONEN ER EIN REALUNION MED FELLES INSTITUSJONAR	46
4.2.2	UNIONEN ER EIN REALUNION SOM IKKJE OPPRETTAR FELLES INSTITUSJONAR	53
4.2.3	UNIONEN ER EIT STATSFORBUND	62
4.2.4	NOREG ER EIN HALV-SUVEREN STAT UNDER SVERIGE	65

4.2.5	KLASSIFISERING OG SYSTEMATISERING AV STATSSAMBAND I DEN SVENSK-NORSKE UNIONSDEBATTEN	69
4.3	UNIONEN SINE FØLGJER FOR PARTANE SI FOLKERETTSLEGE STILLING – KVEN VAR FOLKERETTSSUBJEKT?	72
4.3.1	MORGENSTIERNE – UNIONEN SOM RETTSSUBJEKT	72
4.3.2	ASCHEHOUG – MED UTGANGSPUNKT I STATANE SIN SUVERENITET	74
4.3.3	AUBERT – EI POSITIVISTISK TILNÆRMING AV SPØRSMÅLET	74
4.3.4	RYDIN – EIT ABSOLUTT FELLESSKAP OVERFOR UTLANDET	77
4.3.5	IBSEN – FELLESSKAP, MEN IKKJE FELLES RETTSSUBJEKT	78
4.4	SUVERENITET OG UNIONEN - LÆRA TIL JELLINEK I NORSK UNIONSDEBATT	80
4.5	DEN SVENSKE FORFATNINGSENDRINGA I 1885	91
4.5.1	INNLEIING	91
4.5.2	DEN SVENSKE FORFATNINGSENDRINGA OG UTANRIKSSTYRET	91
4.5.3	DEI RETTSLEGE FØLGJENE I HØVE TIL UTANRIKSSTYRET	92
4.5.4	FORFATNINGSENDRINGA OG UNIONSDEBATTEN	96
4.5.5	BRE STANDE FØRESETNADER?	99
<u>5</u>	<u>DEN TREDJE UNIONSKOMITÉ OG SPØRSMÅLET OM UNIONEN SIN RETTSLEGE KARAKTER</u>	<u>101</u>
5.1	INNLEIING	101
5.2	DET RETTSLEGE UTGANGSPUNKTET FOR UNIONEN – DET FOLKERETTSLEGE LIKSKAPSPRINSIPPET	102
5.3	OMFANGET AV, OG INNHALDET I UNIONEN	104
5.3.1	DEI RESPEKTIVE FLEIRTALA	105
5.3.2	DET NORSKE FLEIRTALET SITT SYN PÅ UNIONEN SIN RETTSLEGE KARAKTER, SETT I HØVE TIL GETZ SITT INDIVIDUELLE STANDPUNKT	109
5.3.3	DEI RESPEKTIVE MINDRETALA	111
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>117</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>120</u>

1 Innleiing

1.1 Problemstillinga

Eit av dei mest omstridde emna i folkerettslitteraturen i siste halvdel av det nittande hundreåret, var den folkerettslege stillinga til dei ulike statssamskipnadene.¹ På denne tida var dette ei nokså praktisk problemstilling grunna den framtrekande rolla ulike statssamskipnadar enno spelte i statssamfunnet. Ein kan her nemne dei ulike statssambanda mellom dei tyske statane, i Nord Amerika hadde dei tidlegare engelske koloniane gått saman i ein forbundsstat, Austerrike og Ungarn vart styrt av ein keisar, og i utkanten av Europa var to statar, Noreg og Sverige, samla under ein konge sidan 1814.

Dersom fleire statar organiserte seg ut over det vanlege mellomstatlege samkvemmet, reiste dette fleire rettsspørsmål av nokså ulik karakter. På den eine sida måtte ein avklare ei rekkje rettsspørsmål i høve til medlemsstatane si rettslege stilling overfor kvarandre, og overfor statssamskipnaden. Desse rettsspørsmåla var dels av folkerettsleg, og dels av statsrettsleg karakter. På den andre sida reiste ei slik organisering også spørsmål ved medlemsstatane og statssamskipnaden si stilling overfor andre statar. Dette var eit spørsmål om kven som var rettssubjekt for folkeretten.

Etter den klassiske folkeretten var utgangspunktet at berre suverene statar var rettssubjekt for folkeretten.² I ein statssamskipnad er dei faktiske tilhøva slik, at to eller fleire statar på visse områder har gått saman i eit fellesskap. Dette fellesskapet kunne være overnasjonalt eller mellomstatleg. I nokre statssamskipnadar gjekk statane saman som ei fellesmakt overfor andre statar, og endå skipa felles institusjonar for samkvemmet med andre makter. Dette skapte problem i høve til den etablerte oppfatninga om statane, på grunnlag av sin suverenitet, som dei einaste rettssubjekta i folkeretten. Som følge av institusjonaliseringa av fellesskapet, oppstod det og spørsmål om rettsgrunnlaget for ei slik sameining; bygde den på folkeretten eller nasjonal

¹ Jellinek 1882 s.1. Den klassiske folkerettsteorien nemnte vanlegvis: personalunionen, realunionen, statsforbundet og forbundsstaten. Sjå Verzijl 1969 s.132.

² Verzijl 1969 s.58. Oppenheim 1905 s.98. Phillimore 1879 s.79. Liszt 1898 s.21.

konstitusjonell rett? Særleg i tysk rettsteori søkte ein å klarleggje den rettslege karakteren til ei slik sameining.³ Såleis utfordra denne faktiske organiseringa den etablerte teoretiske oppfatninga om statssuverenitet og einskildstaten sin eksklusive rett til å rå over sitt territorium og sine borgarar.

Felles for dei nemnte problemstillingane rundt statssamskipnadene, var at dei i stor grad var eit spørsmål om suverenitet. Dette fenomenet, som ligg til grunn for heile vår oppfatning av folkeretten som rettssystem, var og er gjenstand for mykje debatt i juridisk teori. Såleis meinte Lassa Oppenheim i 1905, at *"there exists perhaps no conception the meaning of which is more controversial than that of sovereignty"*.⁴ Særleg var denne usemja framtreddande i høve til det rettslege forholdet mellom statar i ein statssamskipnad. Dette skuldast den opphavlege oppfatninga av suverenitet som eit udeleleg fenomen; anten var staten suveren, eller så var den ikkje suveren. I Europa på 1800-talet var denne rettsoppfatninga ikkje lenger i samsvar med realitetane i statssamfunnet. Særleg gjaldt dette dei ulike typane statssamskipnadar, der statssuvereniteten til medlemsstatane i ulik grad var smelta saman, men ikkje gått heilt over til eit overnasjonalt organ eller ein dominerande stat. Følgjeleg ville det prinsipielle synet på suverenitet få følgjer både for den rettslege vurderinga av statssamskipnadane si stilling i folkeretten, og for dei respektive medlemsstatane si stilling overfor kvarandre.

I høve til bruken av suverenitetsomgrepet i denne framstillinga, må eg gjere ei presisering. Suverenitet er ikkje utelukkande eit juridisk omgrep, og slett ikkje berre eit folkerettsleg omgrep. Spørsmål om legitimiteten av staten sine suverenitetsrettar eller årsakane til statssuvereniteten, er i stor grad spørsmål om grunnlaget for vårt samfunnsordning, og desse høyrer ikkje utelukkande folkeretten til.⁵ Folkeretten er eit resultat av statssuvereniteten, ikkje grunnlaget for den. Stiller ein spørsmål ved statssuvereniteten, stiller ein eigentleg spørsmål ved folkeretten som system. Dette spørsmålet, om folkeretten er ein rett, var i høgste grad reelt i åra før og etter 1900. Denne sida av suverenitetsomgrepet spelte likevel ikkje direkte inn i det rettslege forholdet mellom Noreg og Sverige. I unionsdebatten mellom Noreg og Sverige stilte ein ikkje spørsmål ved folkeretten som rettssystem. På den andre sida er det ein samanheng mellom den rettslege bindinga mellom to statar i ein statssamskipnad, og spørsmålet om folkeretten sin bindande

³ Verzijl 1969 s.140.

⁴ Oppenheim 1905 s.103.

⁵ Shinoda 2000 s.7.

karakter. Fellesnemnaren er suverenitetsomgrepet. Det overordna synet på statssuvereniteten og folkeretten fekk då innverknad i det meir konkrete spørsmålet om ein statssamskipnad si rettslege stilling i folkeretten. Som vi skal sjå, er det mi oppfatning at statssuvereniteten var ei førande norm for klassifiseringa av dei ulike statssamskipnadene i folkerettslitteraturen. Klassifiseringa sa difor noko om statssamskipnaden og medlemsstatane si stilling i folkeretten. Ulike syn på statssuvereniteten fekk då konsekvensar for synet på statssamskipnadene. Dette gjald både omfanget av den rettslege bindinga og mellom medlemsstatane, og den folkerettslege stillinga til statssamskipnaden og medlemsstatane. I konflikta mellom Noreg og Sverige fram mot 1905, var nettopp Noreg si folkerettslege stilling eit vesentleg spørsmål. Som vi skal sjå i kapittel 4.4, kom ulike suverenitetsoppfatningar på spissen i den norske unionsdebatten.

Ein av dei omtalte statssamskipnadene i folkerettslitteraturen, var den som i 1814 sameinte Sverige og Noreg under ein konge. Dei rettslege spørsmåla som var aktuelle i samband med den svensk-norske sameininga var mange, og særleg dei konstitusjonelle spørsmåla rundt styresettet har fått mykje merksemd i norsk rettsvitskap både før og etter unionsoppløysinga i 1905. Det var likevel spørsmålet om utanriksstyret og konsulatvesenet, og ikkje dei reint nasjonale rettsspørsmåla, som skulle føre til det endelege brotet med Sverige. Også desse rettsspørsmåla har vore drøfta i ettertid, men då i hovudsak som eit spørsmål mellom Noreg og Sverige. Som vi skal sjå nedanfor, var den svensk-norske unionskonflikten frå 1885 og fram mot 1905, vevd tett saman med dei nemnde folkerettslege spørsmåla i høve til statssamskipnadar generelt. For Noreg og Sverige, som i den internasjonale folkerettsteorien, låg ulike oppfatningar om statssuverenitet til grunn for usemja rundt unionen sin rettslege karakter og kravet om særskilt norsk utanriksstyre og konsulatvesen. Såleis vil denne framstillinga gå utanfor dei kjende oppfatningane i norsk og svensk unionslitteratur, og sjå på unionen i høve til den samtidige folkerettsteorien og behandlinga av suverenitetsomgrepet der.

I dei siste 20 åra fram mot unionsoppløysinga i 1905, var det i hovudsak to spørsmål som dominerte unionsdebatten. Desse var som kjent den norske venstresida sitt krav om eit særskilt norsk utanriksstyre, og kravet om eit særskilt norsk konsulatvesen. Det var det siste kravet som kom til å sprengje unionen i 1905. Det er likevel spørsmålet om eit særskilt norsk utanriksstyre som reiser dei mest prinsipielle rettslege spørsmåla i høve til drøftinga av denne typen statssamskipnader i folkerettsteorien. Spørsmålet om Noreg kunne opprette eit eige norsk konsulatvesen, var i sin tur avhengig av det standpunktet

ein tok i høve til unionen sin rettslege karakter, og såleis til spørsmålet om eit særskilt norsk utanriksstyre. Denne framstillinga vil difor i hovudsak rette seg mot diskusjonen rundt det norske kravet om eit særskilt norsk utanriksstyre, sjølv om det her ikkje er mogleg å trekkje skarpe grenser mot konsulatsspørsmålet.

Striden om utanriksstyret tok for alvor til etter ei svensk forfatningsendring i 1885. Denne framstillinga vil i hovudsak rette seg mot perioden frå denne forfatningsendringa, og fram mot unionsoppløysinga i 1905. Såleis vil eg ikkje ta stilling til dei ulike rettsspørsmåla rundt stiftinga av unionen i 1814. Desse vil likevel kunne kome inn som moment i dei ulike drøfingane.

Dette bringer oss over til emnet for denne framstillinga. Sidan dei rettslege spørsmåla i unionsdebatten ikkje var unike for Noreg og Sverige, er det interessant å sjå korleis desse spørsmåla vart behandla på eit generelt grunnlag i folkerettsteorien. Spørsmålet blir då korleis ein i folkerettsteorien såg på dei folkerettslege sidene ved den svensk-norske sameininga, og på statssamband av denne typen generelt. Her må vi hugse at det skandinaviske spørsmålet var ein del av eit større problemkompleks rundt statssuverenitet og statssamskipnader. Såleis må vi sjå på den generelle diskusjonen om dette emnet i folkerettsteorien. Det neste spørsmålet blir då korleis dei svensk-norske rettsspørsmåla stilte seg i lys av den internasjonale diskusjonen rundt suverenitet og statssamskipnader. Særleg interessant blir det då å sjå på korleis dei norske og svenske juristane sine standpunkt i desse rettsspørsmåla stilte seg i høve til dei ulike oppfatningane om suverenitet og statssamskipnader i den internasjonale folkerettsteorien. Nettopp Noreg og Sverige sin individuelle suverenitet var eit felles utgangspunkt i unionsdebatten, om ein ser bort i frå den svenske konservative høgresida. Når ein likevel kom til ulike resultat i vuderingane av den rettslege bindinga mellom Noreg og Sverige, skuldast det til dels ulike tolkingar av det rettslege grunnlaget for unionen, men og ulike oppfatningar av statssuvereniteten og følgjene av denne.

Dei konkrete rettsspørsmåla i høve unionsdebatten om utanriksstyret var mange. I denne framstillinga skal vi sjå på to rettsspørsmål som oppstod som følgje av kravet om særskilt norsk utanriksstyre. Før ein kunne ta stilling til dette kravet, måtte ein fyrst

fastsetje karakteren og omfanget av unionen. Kva var den rettslege bindinga mellom Noreg og Sverige? I denne samanhengen var Noreg si folkerettslege stilling eit sentralt moment. I unionsdebatten såg ein Noreg si folkerettslege stilling i samband med retten til eit særskilt utanriksstyre. Som nemnt var ein i folkerettsteorien usamde i spørsmålet om den folkerettslege stillinga til to statar sameinte under ein konge. Dette var og tilfelle i unionsdebatten, og eg vil difor sjå særleg på spørsmålet om Noreg si folkerettslege stilling. Hovudføremålet med denne framstillinga blir då å gje ei folkerettshistorisk analyse av tilhøvet mellom folkerettsteorien og dei rettslege framstillingane i unionsdebatten rundt desse rettsspørsmåla.

1.2 Om kjeldene og metoden

Spørsmålet om eit særskilt norsk utanriksstyre og konsulatvesen var eit dominerande emne særleg i norsk, men og i svensk politikk og samfunnsliv, i 20 år frå 1885 til 1905. Følgjeleg er kjeldeomfanget enormt. I denne situasjonen må ein gjere eit val med tanke på kjeldebruken. Til mitt føremål er det fyrst og fremst dei rettslege kjeldene som er interessante. I tillegg til dei formelle rettskjeldene i form av traktatar, lover og til dels instillingar frå offisielle komitear, så er det dei ulike rettsvitenskaplege arbeida som best kan kaste lys over dei rettslege oppfatningane om Noreg og unionen si folkerettslege stilling. Når dette er sagt, er det likevel grunn til å påpeike at ulike rettssynspunkt kan ha kome til uttrykk i politiske taler, avisartiklar, brev og andre kjelder. I det heile får ein inntrykk av at dei politiske spørsmåla i unionsdebatten i stor grad var samanfallande med dei rettslege spørsmåla. Unionsdebatten var, også i dei politiske spørsmåla, i stor grad rettsleggjort. Såleis vart dei rettslege spørsmåla også drøfta av politikarar og andre deltakarar i samfunns- og unionsdebatten.

Når eg i hovudsak rettar blikket mot juristane, er det difor ikkje fordi desse var dei einaste som drøfta dei ulike rettsspørsmåla i høve til unionen. Fleire av dei fremste juristane var og politisk aktive.⁶ Såleis vil eg alt her understreke det tette sambandet mellom jus og politikk i denne situasjonen. Juristane hadde og ei eineståande makt elles

⁶ Francis Hagerup var statsminister i to periodar. Aubert var statsråd i 1884. Sigurd Ibsen var statsminister i Stockholm.

i samfunnet i kraft av sine stillingar som embetsmenn.⁷ Det avgjerande er at juristane sine rettsvitskaplege framstillingar er betre eigna til ei rettsleg analyse i høve til internasjonal folkerettslitteratur. Også dei rettsvitskaplege framstillingane kunne ha eit politisk føremål, men jamnt over følgjer desse framstillingane ein metode og omgrepsbruk som skil dei frå dei meir politiske dokumenta frå denne tida. Som vi skal sjå, var dei svenske og norske rettsvitskaplege framstillingane i unionsdebatten ei forlenging av den internasjonale folkerettsteorien si drøfting av dei same rettsspørsmåla. Difor er desse kjeldene betre eigna til ei komparativ framstilling i høve til folkerettsteorien. På dette grunnlaget vel eg å sjå utelukkande på dei rettslege framstillingane av den svensk-norske unionen. Følgjeleg vil dei politiske og historiske kjeldene berre bli brukt for å sette dei rettslege spørsmåla inn i ein større kontekst.

Eit unntak gjer eg likevel i høve til instillinga frå den tredje unionskomité. Denne komiteen, som var samansett dels av politikarar og dels av juristar, leverte si instilling i 1898. Komiteen delte seg i fire fraksjonar, som alle måtte ta stilling til dei prinsipielle spørsmåla rundt organiseringa av utanriksstyret og unionen sin rettslege karakter. Instillinga er for så vidt ei rettsleg framstilling av unionsforholdet, men resultatet vart like mykje eit politisk dokument. I dette dokumentet får ein såleis servert dei ulike synspunkta i unionsdebatten mellom to permar. Som vi skal sjå, var oppsplittinga i den tredje unionskomité i stor grad samanfallande med dei ulike synspunkta blant juristane og elles i unionsdebatten.

Ser vi så på dei rettsvitskaplege dokumenta frå unionstida, så kjem dei i to former: anten eksplisitt som ledd i ein politisk argumentasjon, eller som tilsynelatande allmenne rettsvitskaplege arbeid. Døme på den fyrste forma, er Bredo Morgenstjerne sine artiklar i Aftenposten, som seinare i 1897 vart samla i boka "Norges Ret til fælles Udenrigsstyre". Desse artiklane hadde, til trass for ei rettsvitskapleg vinkling, ei klar politisk målsetjing.⁸ Døme på eit allment vitskapeleg arbeid, var Aschehough si drøfting av unionelle spørsmål i "Noregs nuværende Statsforfatning". Dette var ei generell

⁷ Anners 1995 s.352.

⁸ Helge Danielsen drøftar m.a. Bredo Morgenstjerne si rolle i Aftenposten sitt redaksjonsmiljø i Danielsen, 1997.

framstilling av norsk statsrett, og følgeleg måtte ei slik framstilling og omfatte unionelle rettsspørsmål. Av desse generelle rettsvitskaplege arbeida, kan ein og sonde mellom dei unionsrettslege og dei generelle folkerettslege framstillingane. L.M.B Aubert sitt verk frå 1897, "Norges folkeretslige Stilling", kan tene som døme på eit slikt unionsrettsleg arbeid.⁹ Aubert sitt verk var ei historisk-rettsleg analyse av Noreg si rettslege stilling frå mellomalderen og fram til unionen med Sverige. Hovudvekta var likevel lagt på den siste perioden. Bredo Morgenstjerne sin artikkel frå 1896, "Stater og Statsforbindelser", er eit døme på ei generell folkerettsleg framstilling frå denne tida. Som vi skal sjå nedanfor i kapittel 4.2.5, var denne artikkelen skriva som ei generell framstilling av statar og statssamband si rettslege stilling i samtida.

Av dei rettslege framstillingane i unionsdebatten, så vil ein sjå at denne framstillinga legg hovudtyngda på dei norske aktørane. Grunnen til dette er at debatten kring dei folkerettslege konsekvensane av unionen var noko meir fleirsidig og omfattande i Noreg enn i Sverige. Såleis vart det produsert ei rekkje rettsvitskaplege arbeid om dette emnet, med nokså ulike prinsipielle syn på unionen sin karakter og stilling i folkeretten. Av dei svenske framstillingane, er det særleg den svenske konservative høgresida som er interessant. Med dette meiner eg det unionssynet som Oscar Alin lanserte i 1886, og som C.A. Reuterskiöld sette inn i ein folkerettsleg kontekst i 1896.¹⁰ Desse hadde ei radikalt annleis oppfatning av unionen sitt rettsgrunnlag og innhald enn både den norske høgre- og venstresida, så vel som dei meir moderate svenske aktørane. I dei allmenne framstillingane av den svensk-norske unionskonflikten etter 1885, kan ein få inntrykk av at hovudstriden stod rundt dette rettsgrunnlaget og den påfølgjande oppfatninga av unionen sin rettslege karakter.¹¹ Som vi skal sjå, delte ikkje den internasjonale folkerettsteorien den svenske høgresida si oppfatning om unionen sin rettslege karakter og innhald. Sidan denne framstillinga i stor grad rettar seg mot den internasjonale folkerettsteorien, vil den svenske høgresida sine synspunkt fyrst og fremst være interessant som ein kontrast i høve til dei andre svenske og norske framstillingane.

⁹ Om dette verket, sjå Michalsen 2002.

¹⁰ Sjø kapittel 4.2.4 og 4.2.5, samt det svenske mindretalet i den tredje unionskomité, kapittel 5.

¹¹ Sjø Terjesen 2001, Kaartvedt 1995 og Danielsen 1964.

Når det gjeld bruken av suverenitetsomgrepet i unionsdebatten, er det klart at ein ofte brukte dette omgrepet som ei politisk målsetjing, i staden for eit rettsleg omgrep. Skilnaden mellom det politiske og det folkerettslege suverenitetsomgrepet vart difor til ei viss grad utviska i den sterkt politiserte unionsdebatten. Sidan fleire av dei rettslege framstillingane, også var meint som innlegg i den generelle unionsdebatten, er det mogleg at suverenitetsomgrepet i desse framstillingane vart nytta i ein anna samanheng enn den strengt rettslege. Eg vil likevel presisere, at denne framstillinga rettar seg mot det folkerettslege suverenitetsomgrepet, sjølv om skiljet til tider er noko uklart i kjeldene.

Den internasjonale folkerettsteorien blomstra i siste halvdel av det nittande hundreåret. Årsakene til dette vil eg gjere greie for i kapittel 2. Her vil eg berre peike på at det innanfor rammene for denne framstillinga, er uråd å dekke alle rettsvitskaplege framstillingar i denne perioden med relevans for dei aktuelle rettsspørsmåla i den svensk-norske unionsdebatten. Også her må ein gjere eit val. Dette valet er til dels gjort ut i frå seinare framstillingar, og mine eigne oppfatningar om sentrale forfattarar og verk i denne epoken.¹² Ein annan viktig vegvisar til relevant folkerettslitteratur for mitt emne, er dei unionsrettslege framstillingane sjølve. Som eg har nemnt ovanfor, var aktørane i unionsdebatten kjende med rettsteori frå andre land. Denne nytta dei for å legitimere eigne meiningar, og såleis viste dei til sine inspirasjonskjelder i utlandet.

Av desse inspirasjonskjeldene er det ein folkerettsforfattar som skil seg ut i høve til vår problemstilling. Austerrikaren Georg Jellinek vart av både den norske høgresida og venstresida, så vel som av konservative svenske juristar, rekna som ein autoritet i rettsspørsmål relatert til statar og statssamband. Bakgrunnen for Jellinek si stilling i

¹² Av dei folkerettshistoriske verka har eg særleg brukt bind 2 i Verzijl sin "International Law in historical perspective" som supplement til dei samtidige framstillingane av statssamskipnadene si stilling i folkeretten. Arthur Nussbaum si bok "A concise history of the law of nations", samt Grewe "The epochs of international law", gir begge ei oversikt over utviklinga av folkeretten i eit større perspektiv. Når det gjeld utviklinga av suverenitetsteorien i eit større perspektiv, gir C.E Merriam ei oversikt sett i frå situasjonen i 1900, medan Hideaki Shinoda gir greie for utviklinga sett i frå moderne tid. Uviklinga av statssuvereniteten sett i eit folkerettsleg perspektiv er særleg godt handsama av Oppenheim i sin "treatise" frå 1905, samt i større eller mindre grad av andre systematiske oversikter over folkeretten før 1905.

folkerettslitteraturen var verket ”Die Lehre von den Staatenverbindungen” frå 1882. Her søkte Jellinek å gi ei fullstendig oversikt over dei ulike variantane av bindingar mellom statar, og særleg dei organiserte bindingane. Sidan den svensk-norske unionen var ei slik binding mellom to statar, tok Jellinek også stilling til denne. Jellinek plasserte då den svensk-norske unionen inn i eit større system, der statssuvereniteten var norma for klassifiseringa.¹³ Eit særtrekk ved Jellinek var nettopp den oppfatninga han hadde om statssuvereniteten si rolle ved ei kvar binding mellom to statar. Jellinek sitt syn på statssuvereniteten er interessant fordi det legitimerte den norske venstresida sitt krav om særskilt norsk utanriksstyre, til trass for at stemninga elles i folkerettsteorien gjekk i retning av eit rettsleg fellesskap overfor utlandet. Eg vil difor sjå på Jellinek og ”Die Lehre von den Staatenverbindungen” i større detalj enn dei andre folkerettslege framstillingane frå denne tida.

1.3 Den vidare framstillinga

Som nemnt tar denne framstillinga sikte på å sjå på debatten rundt det norske kravet om eit særskilt norsk utanriksstyre i høve til den samtidige folkerettsteorien. For å forstå folkerettslitteraturen i siste halvdel av det nittande hundreåret, er det viktig å sette den inn i ei metodisk samanheng. I det neste kapitlet vil eg difor sjå på utviklinga av positivismen i folkeretten, samt framveksten av folkerettslitteraturen slik den var fram mot 1905.

Etter å ha gjort greie for denne bakgrunnen, kan vi gå vidare til den konkrete behandlinga av statar og statssamskipnader i folkerettslitteraturen. Sidan klassifiseringa av dei ulike statssamskipnadene vart gjort etter statssuvereniteten, vil eg i kapittel 3.1 gi ei oversikt over utviklinga av dette omgrepet. Som ei følgje av statssuvereniteten, vil eg og gjere greie for det folkerettslege likskapsprinsippet i kapittel 3.2. Som vi skal sjå, vart dette regelmessig hevda som eit utgangspunkt for tilhøvet mellom Noreg og Sverige. I kapittel 5.2 skal vi sjå konkret på korleis dette utgangspunktet vart nytta i den tredje unionskomité. Etter å ha gjort greie for utgangspunktet, nemleg statssuvereniteten, vil eg i kapittel 3.3 sjå på behandlinga av dei ulike

¹³ Sjå vedlegg 2.

statssamskipnadene i folkerettsteorien. Her vil eg leggje hovudvekta på den typen statssamskipnad som i folkerettsteorien vart omtalt som realunion. Grunnen til dette er at den svensk-norske unionen av dei fleste vart rekna som ein realunion. Denne drøftinga vil difor danne bakgrunnen for analysen av dei rettslege framstillingane i unionsdebatten. I denne samanhengen vil eg og sjå nærare på "Die Lehre von den Staatenverbindungen" i høve til den samtidige folkerettslitteraturen si behandling av statssamskipnadene. Denne drøftinga vil igjen danne bakgrunnen for kapittel 4.4, der eg vil sjå på dette verket si rolle i unionsdebatten.

I kapittel 4 kjem så ei analyse av dei ulike rettsoppfatningane som vart hevda i unionsdebatten etter 1885. Denne analysen vil byggje på den generelle drøftinga i kapittel 3, og særleg på statssuvereniteten si rolle i unionsdebatten. Her vil eg fyrst, i kapittel 4.2, sjå på kva vurderingar ein gjorde i unionsdebatten om unionen sin rettslege karakter og innhald. Denne drøftinga har sin parallell i kapittel 3.3. Så i kapittel 4.3 følger spørsmålet om Noreg si folkerettslege stilling, slik dette vart behandla i unionsdebatten. Også dette kapitlet viser tilbake til den generelle drøftinga i kapittel 3.3. Eit særleg spørsmål i unionsdebatten, var verknaden av den svenske forfatningsendringa i 1885. Det var denne hendinga som førte til ei oppblussing av debatten rundt unionen sin rettslege karakter, og det norske kravet om særskilt utanriksstyre. Denne forfatningsendringa reiser og spørsmål ved unionen sitt rettsgrunnlag. I kapittel 4.5 vil eg difor sjå på dei rettslege sidene ved den svenske forfatningsendringa, sett i høve til spørsmålet om unionen sin rettslege karakter.

Til slutt vil eg sjå på den tredje unionskomité si behandling av dei nemnte rettsspørsmåla. I tillegg til dei rettsvitenskaplege verka, er unionskomiteen si instilling interessant fordi den måtte ta stilling til spørsmålet om Noreg hadde krav på eit særskilt norsk utanriksstyre. Såleis måtte den ta stilling til unionen sin rettslege karakter, og den folkerettslege stillinga til partane.

2 Folkeretten i det 19. hundreåret

2.1 Det nye synet på folkeretten - positivismen

Det 19. hundreåret førte med seg ei endring i det meir prinsipielle synet på folkeretten. I dei to føregåande hundreåra hadde den rasjonalistiske naturretten vore utgangspunktet for synet på folkeretten. Naturretten var ikkje eit einskapleg fenomen, men visse hovudpunkt kan vi trekke ut som felles i høve til rettsreglane mellom statane. Etter denne læra vart samkvemmet mellom statane regulert av eit sett universelle rettsreglar som ein kunne utleie av den menneskelege fornufta. Dette tankegodset dominerte folkerettsleg tenking fram mot det nittande hundreåret. I Hugo Grotius sine verk frå 1600-talet, var naturretten det sjølvssagte utgangspunktet. Likevel utelukka ikkje han eksistensen av visse folkerettslege sedvanereglar. Det var såleis ikkje slik at all form for rettsleg positivisme innanfor folkeretten var utelukka før det nittande hundreåret. Det dominerande synet var likevel at naturretten var rettsgrunnlaget for samkvemmet mellom statar. Ein av dei viktigaste folkerettsteoretikarane etter Grotius, Samuel Pufendorf, meinte såleis at det ikkje eksisterte positive rettsreglar mellom statane. Dette rettsforholdet vart utelukkande regulert av naturretten.

Eit meir moderat syn vart hevda i det attande og nittande hundreåret av kjende juristar som Wolff og Vattel. Desse forfattarane heldt fast ved Hugo Grotius si opphavlege lære om statane sin suverenitet.¹⁴ Desse nye juristane tok utgangspunkt i Grotius, men meinte at sedvanen spelte ei like viktig rolle som naturretten, i samkvemmet mellom statar.¹⁵ Såleis vedkjente dei seg andre rettsgrunnlag enn berre naturretten for mellomstatleg samkvem, nemleg sedvanen.

Ut på 1800-talet vann eit meir reindyrka positivistisk syn på folkeretten gradvis fram. Det er med dette ikkje sagt at naturretten forsvann som ved eit trylleslag. Mellom anna fekk positivismen eit tilbakeslag ved byrjinga av det tjuande hundreåret, og i den

¹⁴ Oppenheim 1905 s.85.

¹⁵ Vattel 1758 s.3-9.

seinare tida har ein diskutert eksistensen av allmenne folkerettslege prinsipp.¹⁶ Les ein folkerettslitteratur frå tida før 1870, ser ein ofte at forfattarane tar utgangspunkt i naturretten, for så å forklare folkeretten på bakgrunn av positivismen.¹⁷ På slutten av 1800-talet var likevel positivismen det dominerande synet på folkeretten.¹⁸ Rettsreglane var no ikkje universelle som i naturretten, men derimot skapte av statane sjølve. Folkeretten sitt tette samband med filosofien og teologien vart med dette brote. Kjeldene til den positive folkeretten var traktatar og sedvane. I begge tilfella var det statane sin handlemåte som var avgjerande for om rettsleg bindande normer vart danna. Det avgjerande var då retten slik den faktisk vart oppfatta av statane, ikkje korleis den burde være på bakgrunn av filosofisk-moralske vurderingar.¹⁹

For denne framstillinga er det hensiktsmessig å klargjere bakgrunnen for det meir overordna synet på folkeretten på slutten av 1800-talet. Det er i denne konteksten dei folkerettslege spørsmåla i unionsdebatten mellom Noreg og Sverige kjem opp. Posivismen fortel kvar ein finn rettskjeldene i folkeretten. Som nemnt finst dei i traktatar og sedvanar. Dette kan ein ta med seg når ein les den samtidige juridiske litteraturen og jamvel den rettslege argumentasjonen i unionskonflikten. Dette betyr vidare at statane sin handlemåte kan gje svar på rettsspørsmål som oppstod i forholdet mellom Noreg og Sverige.

Statane sin handlemåte i det nittande hundreåret, var prega av ei markert auke i mellomstatlege avtaler.²⁰ Posivismen passar såleis inn i den mellomstatlege røyndomen på denne tida. Tidlegare var dei fleste traktatane av politisk karakter. Etter Wienkongressen i 1815, og dermed i unionstida, vart det og vanleg med skriftlege

¹⁶ Cassese 2001 s.138-139. Framveksten av Jus Cogens i 1960-åra blir rekna som eit avvik frå den reint positivistiske tankegangen. Synspunktet var at det eksisterte visse allmenne normer over statane.

Traktater og sedvaner i strid med desse prinsippa blir i teorien rekna som ugyldige. Dette er og slått fast i Wien-konvensjonen av 23.5. 1969 art 53 og 64. Ideen om slike overordna normer har røter i den opplyste naturretten på 1700-talet.

¹⁷ Sjå t.d. Wheaton sin "Elements of International Law" frå 1836.

¹⁸ Oppenheim 1905 s.92.

¹⁹ Nussbaum 1950 s.223.

²⁰ Nussbaum 1950 s.191.

traktatar av ikkje-politisk karakter. Særleg gjaldt dette handelsavtaler. Med aukande handel, og skriftleg regulering av handelssamkvemmet mellom statane, fekk og konsulatvesenet sin renessanse i det nittande hundreåret.²¹ Den konsulære representasjonen vart sjølvstendig regulert ved traktat. Som vi skal sjå hadde unionskonflikten mellom Noreg og Sverige fram mot hundreårsskiftet ei grein til den generelle folkerettslege utviklinga på denne tida.

2.2 Folkerettslitteraturen i unionstida

Det nittande hundreåret såg ei sterk auke i produksjonen av folkerettslitteratur.²² Eit særtrekk ved litteraturen i dette hundreåret var framveksten av komplette systematiske verk om folkerett.²³ Ei av årsakene til denne framgangsmåten i juridisk litteratur er nok positivismen. Naturretten, som folkeretten i utgangspunktet var ein del av, var i vitenskapsmiljøet sett på som ein filosofisk disiplin. Naturrett vart difor på universiteta organisert under filosofiske fakultet i staden for å sortere under juridiske fakultet.²⁴ Med framveksten av positivismen vart folkeretten rettsleggjort i den forstand at den sorterte under rettsvitenskapen slik vi kjenner den i dag. Folkerettsforfattarane byrja no å gjere greie for rettsreglane mellom statane med utgangspunkt i statane sin handlemåte. Med dette utgangspunktet var det naturleg å gjere dette i form av ei komplett og systematisk framstilling. Naturretten var av ein heilt annan karakter enn den positive folkeretten; i stor grad var difor folkeretten på 1800-talet ein ny vitenskap.

Å slå fast at folkeretten på 1800-talet var ein ny, eller iallfall ein revitalisert vitenskap, seier og noko om funksjonen til folkerettslitteraturen på denne tida. Dei systematiske verka var den viktigaste kjelda til kunnskap om folkeretten. Følgjeleg fekk dei stor innverknad på forståinga og utviklinga av dette rettsområdet. Og i dag reknar vi folkerettslitteratur som ei relevant rettskjelde i folkeretten. Dette går mellom anna fram

²¹ Nussbaum 1950 s.203.

²² Nussbaum 1950 s.230-237. Oppenheim 1905 s.90.

²³ I engelsk språk vart desse omtala som "treatises". I tysk språk tala ein gjerne om "Das Völkerrecht systematisch dargestellt".

²⁴ Nussbaum 1950 s.237. Hermann 2001 s.136.

av statuttane til Den internasjonale domstolen artikkel 38 1. ledd litra a.²⁵ Likevel er det grunn til å tru at folkerettslitteraturen spelte ei større rolle tidlegare enn i dag. Før 1900 var det og færre tilgjengelege rettskjelder i folkeretten enn i dag. Mellom anna hang dette saman med at det var mindre vanleg med valdgift enn i dag, og det eksisterte heller ikkje internasjonale domstolar. Som vi har sett såg det nittande hundreåret ei markert auke i bruken av traktatar mellom statane. Som ei følgje av dette vart det skapt ei rekkje rettsreglar basert på statspraksis. Litteraturen si rolle i dette var tilsvarande viktig fordi denne, på bakgrunn av statspraksis og sedvanar, var med på å avdekke kva som var innhaldet i folkeretten. Det var heller ikkje skrive så mykje om statspraksis tidlegare, då rettsgrunnlaget var å finne i naturretten. Ved inntoget til positivismen vart statspraksis naturlegvis via langt større merksemd av folkerettsforfattarane. Etter det som er sagt her, kan vi seie at juridisk litteratur spelte ei større rolle i folkeretten i det nittande hundreåret enn den gjer i dag.

Eit kjent døme på den nye folkerettsvitskapen, var J. C. Bluntschli sitt verk frå 1868 ”Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt”. Bluntschli freista her å kodifisere folkeretten slik den var, ved å setje den inn i eit system etter modell frå nasjonale lovbøker. Her skapte folkeretten sin natur som ein ufullstendig rett visse problem for ei fullstendig kodifisering. Bluntschli løyste dette ved å fylle ut manglane i den etablerte folkeretten med sine eigne forslag til rettsreglar.²⁶ Med dette undergrov han heile rettsgrunnlaget for den positivistiske folkeretten, nemleg statspraksis representert ved traktatar og sedvane.

Folkerettslitteraturen i det nittande hundreåret var særmerkt med dei systematiske framstillingane av folkeretten. Denne systematikken tok ofte føre seg å gje ei fullstendig oversikt over folkeretten. Skiljet mellom folkerett og statsrett var heller ikkje etablert i like stor grad som det er i dag. Dei store folkerettsverka omhandla då fleire felt innanfor folkeretten som og hadde ei viktig statsrettsleg side. Slik var det med konsularretten og reglane rundt det diplomatiske fellesskapet, den såkalla gesandtskapsretten. Den statsrettslege sida av desse spørsmåla vart kalla den ytre statsretten. For

²⁵ Statue of the International Court of Justice, 26.06 1945.

²⁶ Nussbaum 1950 s.233.

gesandtskapsretten var til dømes spørsmålet om kva organ i ein stat som styrte diplomatvesenet eit statsrettsleg spørsmål. Rangordninga mellom gesandtane, altså gesandtane sin status i forhold til mottakarstaten, var derimot eit folkerettsleg spørsmål. Visse meir prinsipielle rettsspørsmål hadde og røter både i statsretten og i folkeretten. Heinrich Triepel nemner læra om suverenitet og statssamband, som døme på rettsspørsmål som ligg i grenselandet mellom statsretten og folkeretten.²⁷ Ein føresetnad for Triepel var eit prinsipielt skilje mellom folkeretten og det han kalla "Landesrecht", altså nasjonal rett. Spørsmålet var kva rettsgrunnlag statssambandet bygde på: folkeretten eller nasjonal konstitusjonell rett. Dette kunne være tvilsamt der to eller fleire statar ved traktat oppretta felles organ som tilsynelatande fekk overdratt kompetanse frå medlemsstatane sine statsorgan. Som vi skal sjå, kom dette spørsmålet opp i høve til den svensk-norske unionen.

Ser vi på norsk folkerettslitteratur i unionstida, viser denne stadig til dei kjende systematiske framstillingane frå særleg tyske, men og engelske og amerikanske forfattarar. Den tyske rettsvitskapen sin innverknad var stor i alle dei nordiske landa, og dette gjaldt og på folkeretten sitt område.²⁸ Francis Hagerup oversette til og med Holtzendorff sitt systematiske verk "Den europæiske folkerett" til norsk i 1885. Ein særleg viktig forfattar i høve til unionsrettslege spørsmål, var som nemnt Georg Jellinek.²⁹ I perioden mellom 1880 og 1900 publiserte Jellinek ei rekkje verk om statsomgrepet, folkeretten og sambandet mellom statar.³⁰ Såleis var han aktuell for deltakarane i unionsdebatten. Verket "Die Lehre von den Staatenverbindungen" tok utelukkande føre seg ulike statssamband si følgje for staten sin suverenitet. Som vi skal sjå nedanfor, vart dette verket stadig nytta som referanse i unionsrettsleg litteratur, både av norske og svenske juristar.

²⁷ Triepel 1899 s.5.

²⁸ Annars 1995 s.344.

²⁹ Georg Jellinek, f. 1854, d. 1911.

³⁰ Om Jellinek sitt arbeide generelt, sjå Paulson, Schulte mfl. "Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk", 2000. Om Jellinek sitt arbeide med statsomgrepet og statsretten, sjå Kersten, "Georg Jellinek und die klassische Staatslehre", 2000.

Ei rekkje av dei store folkerettsforfattarane i siste halvdel av 1800-talet var tyskspråklege. Før denne tida var den tyske folkerettsvitskapen relativt dårleg utvikla. I følgje Florian Hermann endra dette seg i siste halvdel av hundreåret, då Tyskland vart ei kolonimakt.³¹ Dette var eit incentiv for juristane til å sjå ut over dei uendelege rettsspørsmåla i den tyske statsretten, til meir internasjonale forhold. Eit anna premiss for den store tyske aktiviteten i folkerettsteorien var dei tyske statane si stilling på 1800-talet. Det tyskspråklege området var delt inn i ei rekkje større og mindre statar. Desse var i løpet av hundreåret organisert i ulike statssamband, mellom anna Deutsche Bund frå 1815 til 1866. Det var såleis viktig å avklare den rettslege stillinga mellom desse og overfor andre statar; særleg jobba dei tyske juristane mykje med spørsmål rundt statsomgrepet og suverenitet.

Det var fyrst etter 1914 at ein såg komplette norske framstillingar i folkerett. Det er difor grunn til å tru at aktørane i unionskonflikten, norske som svenske, var kjende med, og påverka av, den samtidige internasjonale folkerettslitteraturen.

3 Statar og statssamskipnader i folkerettsteorien

3.1 Innleiing

I folkerettsteorien på 1800-talet var det vanleg å klassifisere dei ulike statseiningane. Eit gjennomgåande trekk ved denne klassifiseringa var diskusjonen rundt statssamskipnadane. I ei tid med aukande samkvem mellom statane var det viktig for juristane å slå fast kva statseiningar som var folkerettssubjekt for å "*fix the position of each in the Commonwealth of Nations*".³² Som følgje av dette oppstod det fleire rettsspørsmål. Eit av desse var å avgjere den folkerettslege stillinga til dei ulike statssamskipnadene. I høve til statssamskipnadene kom spørsmålet om kva verknad sameininga fekk for den folkerettslege stillinga til kvar einskild stat.

³¹ Hermann 2001 s.138.

³² Phillimore 1879 s.94.

3.2 Suverenitet som norm for klassifiseringa av statar

Blant folkerettsforfattarane på 1800-talet vart omgrepet *suverenitet* nytta ved inndelinga av dei ulike statane og statskonstellasjonane.³³ Graden av suverenitet var norma for klassifiseringa av statar som folkerettssubjekt. Suverenitet i seg sjølv var ikkje eit nytt fenomen i folkerettsteorien på 1800-talet. Omgrepet, i denne samanhengen, har sine røter i naturretten i det sekstende og syttande hundreåret. Den fyrste som definerte suverenitetsomgrepet slik vi kjenner det var Jean Bodin i 1577. Med utgangspunkt i naturretten forstod han suverenitet som den absolutte og evige makta i ein stat.³⁴ Det einaste som kunne avgrense staten si absolutte makt var guddommelege påbod og naturretten. Bodin sin definisjon av suverenitet vart utgangspunktet for seinare juridisk teori. Innhaldet i omgrepet kom på denne tida til uttrykk i den latinske formelen ”*summum imperium, suprema potestas*”, altså at den fullkomne råderetten ligg til den øvste makta.³⁵ Den øvste makta er her statsmakta, anten representert ved ein fyrste, eller gjennom folket i ein republikk. I monarkiske statar, skilte ein ikkje skarpt mellom staten og fyrsten. Suvereniteten var då *organisk*, altså knytt til så vel fyrsten som sjølve staten.³⁶ Fleire av dei seinare naturrettsforfattarane godtok likevel at suvereniteten kunne avgrensast gjennom konstitusjon eller positiv rett.

Eit særtrekk ved naturretten si forståing av suverenitet var at denne var udeleg. Suverenitet var i utgangspunktet nytta for å beskrive monarken si stilling, samt omfanget og innhaldet i statsmakta. Såleis var omgrepet i utgangspunktet ikkje eksplisitt retta mot andre statar. Dette synet heldt seg i tida fram mot 1800-talet då den nye politiske røyndomen endra rettsoppfatninga. I dette tidsrommet skjedde det og ei endring i det grunnleggjande synet på folkeretten. Naturretten måtte etter kvart vike for

³³ Dei anglo-amerikanske forfattarane Wheaton, Phillimore og Lawrence brukte alle omgrepet ”sovereignty”. Dei tyske forfattarane Holtzendorff og Liszt brukar det tyske ordet ”Souveränität”.

³⁴ Oppenheim 1905 s.104. Oversett frå engelsk: ”the absolute and pereptual power within a State”.

³⁵ Mi oversetjing. Dei sentrale orda er *imperium* og *potestas*. Imperium er fleirtydig, men er ei form for kompetanse eller råderett. Innhaldet i potestas er ei form for makt over andre. Jellinek 1882 s.26 oversette dette som ”Mactvollkommenheit, die oberste Gewalt”. Liszt 1915 brukar og dette uttrykket s.54.

³⁶ Shinoda 2000 s.49.

den positive folkeretten. Som nemnt ovanfor, la positivismen vekt på statspraksis og sedvanar som rettskjelder. Etter freden i Westfalen i 1648 og tida som følgde, var ein heil del europeiske, og då særleg tyske, statar i større eller mindre grad avhengige av andre statar. Suvereniteten var då i praksis delt, gjerne slik at den dominerande staten i ulik grad dikterte eller styrte utanrikspolitikken til den avhengige staten. Etter kvart fekk ein og statsdanningar av overnasjonal karakter, der statssuvereniteten var delt mellom delstatar og ei føderal statsmakt. Følgjeleg kravde desse faktiske hendingane ei endring i den materielle retten. Det er likevel alt her grunn til å peike på at den teoretiske oppdelinga av suverenitetsomgrepet var gjenstand for ein intens og vedvarande diskusjon frå 1700-talet og tida fram mot 1914. På slutten av det 18. hundreåret gjekk ein og gradvis bort i frå det organiske suverenitetsomgrepet, altså relasjonen mellom fyrste og stat. Dette hadde samanheng med konstitusjonalismen og avskaffinga av eineveldet. Det er her denne generelle utgreiinga om suverenitet møter fleire av dei konkrete rettsspørsmåla i den svensk-norske unionskonflikten mellom 1885 og 1905. I spørsmålet om utanriksstyret i unionen vart det mellom anna stilt spørsmål ved den folkerettslege stillinga til både Noreg og unionen. Som vi skal sjå nedanfor, var dette i stor grad avhengig av forståinga av suverenitetsomgrepet, og ei eventuell oppdeling av dette.

Delinga av statssuvereniteten

Ut på 1800-talet var innhaldet i suverenitetsomgrepet dels det vi i dag vil rekne som av statsrettsleg karakter, og dels av folkerettsleg karakter. I 1836 definerte den kjende amerikanske juristen Henry Wheaton "sovereignty" som "*the supreme power by which any State is governed*".³⁷ I utgangspunktet er dette synet nokså likt Bodin og dei andre naturrettsforfattarane si forståing av omgrepet. Som vi ser er suverenitet summen av staten sine rettar, både overfor eigne borgarar og overfor andre statar. Wheaton tok likevel konsekvensen av det faktiske forholdet mellom statane i si tid, og viste til at suvereniteten til ein stat hadde ei intern og ei ekstern side.³⁸ Den same sondringa finn vi att hos Liszt i 1898, som ser på suvereniteten som eit spørsmål om "*aufsere Selbständigkeit*" og "*innere Unabhängigkeit*". Denne sondringa vart og gjort av andre

³⁷ Wheaton 1836 s.27.

³⁸ Wheaton 1836 s.27.

forfattarar, om enn i andre ordelag, og er representativ til den generelle delinga av statssuvereniteten i folkerettsteorien på 1800-talet.³⁹

Den interne suvereniteten var i følgje Wheaton eit spørsmål om graden av indre sjølvstyre. Denne delen av staten sin suverenitet retta seg ikkje mot andre statar, men til forholdet mellom statsmakta og undersåttane. Styresettet i seg sjølv var ikkje avgjerande for den indre suvereniteten. I forhold til det moderne suverenitetsomgrepet, er den interne suvereniteten staten sin rett til å råde over sitt territorium samt individar. Wheaton kalla dette "constitutional law". Dette var den statsrettslege sida av suvereniteten. Den eksterne sida til suverenitetsomgrepet retta seg mot staten si handleevne overfor andre statar. Wheaton meinte at den eksterne suvereniteten til ein stat var eit spørsmål om "*the independence of one political society, in respect to all other societies*". Kravet var altså at staten kunne opptre uavhengig i samkvemmet med andre statar. Ekstern suverenitet var i følgje Wheaton eit vilkår for folkerettsleg handleevne. Det var dette som var "*international law*", altså den folkerettslege sida av suvereniteten.

Konsekvensen av Wheaton sin definisjon er altså at ein stat kan være sjølvstendig til trass for at den manglar ekstern suverenitet. Sjølvstendig vil den være så lenge den interne suvereniteten er intakt. For borgarane i ein stat, representerer statsmakta den *interne* suvereniteten. Den folkerettslege handleevna er derimot avhengig av den eksterne suvereniteten. Sett i frå andre statar sin ståstad, representerer statsmakta den *eksterne* suvereniteten. Dette gjer det teoretisk mogleg med statar som er sjølvstendige og suverene på sitt eige territorium, men som overfor andre statar ikkje utgjer eit eige folkerettssubjekt. Denne delinga gjorde det mogleg med statsdanningar med eit dobbelt sett av statsmakter. Det mest kjende dømet på ei slik statsdanning er forbundsstaten. Som vi skal sjå, fekk denne delinga og følgjer for oppfatninga av dei statssambanda der statane var sameinte under ein felles konge.

³⁹ Phillimore 1879 s.95. Lawrence 1895 s.56-57 brukar Wheaton si inndeling. Holtzendorff 1885 s.38 talar berre om den ytre suvereniteten, då indre forhold "*er for folkeretten likegyldigt*". Sjå og Merriam 1900 s.122-123 og 224.

Delinga av suverenitetsomgrepet var ein konsekvens av at juridisk teori såg til statspraksis. Dette var eit trekk ved positivismen innanfor folkeretten. Det tradisjonelle utgangspunktet i naturretten var som nemnt at suvereniteten var udeleleg. Likevel kunne ein stat i praksis ha avgrensa handleevne overfor andre statar. Teorien tok då realitetane til følge, og godtok ei viss innskrenking i suvereniteten utan at dette fekk følgjer for statusen som stat. Vi støyter her på den noko uklare grensa mellom statsrett og folkerett. Suvereniteten fekk med dette synet to sider: ei statsrettsrettsleg og ei folkerettsleg side.

Ikkje alle var samde i denne oppdelinga av suverenitetsomgrepet. Georg Jellinek meinte at dette var to sider av same sak: *”Staats- und völkerrechtliche Souveränität sind somit nicht zwei getrennte Souveränitäten, sondern eine und dieselbe”*.⁴⁰ Den statsrettslege sida av suvereniteten var staten sin overordna rett overfor borgarane sine og territoriet. Det var dette som var grunnlaget for staten, og suvereniteten var ein konsekvens av statsdanninga. Jellinek meinte då at ein kvar stat som rådde over den øvste statsmakta, *”ist in Folge dessen völkerrechtlich unabhängig”*.⁴¹ Følgjeleg var det andre forfattarar definerte som suvereniteten si eksterne eller ytre side *”nur der nothwendige Reflex der staatsrechtlich höchsten Gewalt nach Aussen”*.⁴² Altså hadde begge sidene av suverenitetsomgrepet det same utgangspunktet, nemleg staten si stilling. Det var då ikkje behov eller høve til å gjere eit skilje mellom desse. Som ein konsekvens av at suvereniteten gjekk ut i frå den øvste statsmakta, var det då utelukka at to suverene statar underkasta seg ei felles statsmakt i eigenskap av ein felles monark. Som vi skal sjå nedanfor, fekk dette følgjer for Jellinek si oppfatning av den såkalla realunionen, og dermed av den svensk-norske sameininga.

Jellinek utleia statane si rettsstilling ut i frå dei teoretiske konsekvensane av statssuvereniteten. Metoden han følgde var den motsette av den rådande positivistiske metoden. Her var det nettopp statane sin handlemåte som var avgjerande for innhaldet i suverenitetsomgrepet. Jellinek la derimot til grunn ein type omgrepsjurisprudens som

⁴⁰ Jellinek 1882 s.23. Sjå særleg note26, der han trekk fram H.A. Zacharie som eksponent for dette synet.

⁴¹ Dette resonnementet bygde på Jellinek sitt syn på statssuvereniteten som skranke for ei kvar permanent binding av statsviljen. Jellinek 1880 s.46-49. Akehurst 1997 s. 17-18.

⁴² Jellinek 1882 s.24.

ein særleg i tysk folkerettsteori nytta for å forklare folkeretten som system.⁴³ I dei siste tiåra før hundreårsskiftet, og fram mot 1914, stilte denne retninga innanfor folkeretten spørsmål ved folkeretten sin bindande karakter. Spørsmålet var om bindande rettsreglar var i strid med statane sin suverenitet. Jellinek gjekk sjølv så langt som å seie at folkeretten ikkje var rettsleg bindande for ein stat, fordi ei slik binding var i strid med statssuvereniteten. Denne metodiske skilnaden mellom Jellinek og dei positivistiske folkerettsforfattarane er det verdt å ha i mente i den følgjande drøftinga. Dette fekk konkrete utslag i høve til synet på statssamskipnadene.

Statssamskipnadane som skapte problem for folkerettsforfattarane på 1800-talet er i dag hovudsakleg eit historisk fenomen. Når vi i dag stiller spørsmål om statane sin suverenitet, rettar dette seg primært mot statane sine eksklusive rettar og plikter. Desse omfattar mellom anna retten til å råde over eit avgrensa territorium, retten til å råde over individa på dette territoriet og eit forbod for andre statar til å utøve desse rettane utanfor sitt eige territorium. Vidare gjeld det også i dag eit prinsipp om rettsleg likskap mellom statane. Til saman utgjer dette staten sin suverenitet.⁴⁴ Når ein i dag ikkje i større grad problematiserer den folkerettslege handleevna til statane, er dette fordi ein ser på dette som sjølvsgagt. Statane *er* folkerettssubjekt. Den nemnte problemstillinga om folkerettsleg handleevne er i dag i større grad knytt til dei internasjonale organisasjonane, ikkje statssamskipnader.

3.3 Det folkerettslege likskapsprinsippet

Ein viktig konsekvens av statane sin suverenitet var at dei med dette stilte likt i høve til folkeretten. Dette fenomenet blir omtalt som det folkerettslege likskapsprinsippet. Som suverenitetsomgrepet har likskapsprinsippet røter i naturretten. Den kjende folkerettsjuristen Emer de Vattel meinte at fordi menn er skapte like, og har like rettar og plikter frå naturen si side, må dette gjelde og for statane, då desse består av menn. I eit slikt samfunn, sa de Vattel, "*Strength or weakness, in this case, counts for nothing. A dwarf is as much as a man as a giant is; a small Republic is no less sovereign State than the most powerful Kingdom*".⁴⁵ Det er verdt å merke seg at det berre er suverene statar som stiller likt i høve til folkeretten. Dei såkalla halv-suverene statane, protektorat og koloniar, stod alle på eit lågare nivå enn dei suverene statane. Det var nettopp

⁴³ Akehurst 1997 s.18.

⁴⁴ Cassese 2001 s.88-91.

⁴⁵ de Vattel 1758 s.7. Omsett til engelsk i 1916 frå den franske utgåva frå 1758.

suvereniteten som gjorde statane likeverdige i høve til folkeretten. Det ligg i heile omgrepet suverenitet, at ein stat som er suveren, ikkje kan stå under ein annan stat. Som A. W. Heffter uttrykte det: ”*dem völkerrechtlichen Begriffe eines vollkommen souveränen Staates find an und für sich Rechtsungleichheiten unter mehreren derselben unvereinbar*”.⁴⁶ I tillegg til at likskapsprinsippet sprang ut i frå suvereniteten, var det og knytt saman med suvereniteten i det ein stat kan opptre som han vil, så lenge det ikkje grip inn i rettane til ein annan stat.

Saman med suverenitetsomgrepet overlevde likskapsprinsippet naturretten sitt fall, og inntoget til positivismen i folkeretten. Som nemnt ovanfor tvinga realitetane i samfunnet fram ei deling av det teoretiske suverenitetsomgrepet. Dei same realitetane gjorde seg gjeldande overfor likskapsprinsippet. Om statane var rettsleg likestilte, så var dei ikkje faktisk likestilte. I tillegg til koloniane, var det ei rekkje statsdanningar som låg under andre statar, og dermed var dei ikkje fullt ut suverene.⁴⁷ Ei rekkje britiske juristar hevda såleis at det måtte gjerast visse unntak i likskapsprinsippet til fordel for stormaktene. Eit liknande synspunkt ligg bak delar av den svenske argumentasjonen rundt spørsmålet om den svensk-norske sameininga sin rettslege karakter. Rudolf Kjellén meinte til dømes at dei store skilnadene mellom Noreg og Sverige i folkemengde og elles, tilsa at den svensk-norske sameininga ikkje var mellom to likestilte statar.⁴⁸

Like fullt som suverenitet var utgangspunktet for staten, var likskapsprinsippet også berre eit utgangspunkt. At statane var suverene, hindra ikkje at ein gjorde innhogg i denne suvereniteten som følgje av ein forplikta seg gjennom traktatar. Følgjeleg kunne slike plikter overfor andre statar i praksis framstå som om statane ikkje var rettsleg likeverdige. Liks-kapsprinsippet var ikkje til hinder for at statane band seg til kvarandre gjennom avtaler. Om ei slik avtale gav ein stat ei forstilling overfor ein annan stat i mellomstatlege forhold, så endra det ikkje på statane si likestilling overfor folkeretten

⁴⁶ Heffter 1867 s.49-50.

⁴⁷ Shinoda 2000 s.55 viser til at ein særleg frå britisk hald ville påpeike at den formelle likskapen etter folkeretten, på ingen måte endra realitetane i statssamfunnet. Oppenheim 1905 s. 163 nemner Lorimer, Lawrence og Westlake.

⁴⁸ Kjellén 1893 s.5.

elles. Likskapsprinsippet var likevel ikkje til hinder for at ei traktat førte til ujamn fordeling av rettar og plikter i forholdet mellom to statar.

3.4 Klassifisering av statar og statsskipnader i folkerettsteorien

I utgangspunktet rekna folkerettsteorien på 1800-talet berre statane som folkerettssubjekt. Sjølv på denne tida var dette berre eit utgangspunkt, men for denne framstillinga er det tilstrekkeleg å slå fast at det var statane som var hovudaktørane i folkeretten.⁴⁹ Enkeltstatane si stilling som folkerettssubjekt var det ikkje tvil om, såframt dei var suverene. Som vi sa ovanfor, var det graden av suverenitet som avgjorde om ein stat hadde folkerettsleg handleevne eller ikkje, altså om staten var eit folkerettssubjekt. Det var fyrst og fremst der statssuvereniteten på ulike måtar vart påverka eller innskrenka av andre statar, ein såg det nødvendig med ei klassifisering.

Folkerettsforfattarane brukte difor mykje plass på dei ulike formene for statssamskipnader. Dei viktigaste typane statssamband var dei som førte til eit permanente eller institusjonalisert fellesskap. Eit fellestrekk ved folkerettsteorien på 1800-talet er klassifiseringa av denne typen statssamband i dei fire kategoriane: personalunionen, realunionen, statsforbundet og forbundsstaten.⁵⁰ Spørsmålet var om organisering i ein statssamskipnad fekk følgjer for einskildstatane si folkerettslege stilling. Ein kunne og stille spørsmål ved den folkerettslege stillinga til statssamskipnaden i seg sjølv. Kven var folkerettssubjekt? Einskildstatane, statssamskipnaden eller begge? I høve til desse spørsmåla var det delte meiningar i folkerettsteorien. Som Jellinek påpeikte i 1882: *"In wenigen Partien des öffentlichen Rechts herrscht eine solche Unklarheit, wie in der Lehre von den Staatenverbindungen"*.⁵¹

⁴⁹ Lawrence 1895 s.55-83 nemner at koloniselaskap hadde ei form for reell suverenitet i området det opererte i. Som døme viser han til m.a. British South Africa Company. Dette var i 1895. Sjå også Matzen 1900 s.41. Jellinek 1882 s.20 viser til at koloniselaskap ofte hadde like rettar som suverene statar, td. å bestemme over krig og fred, men dei vil aldri være suverene i folkerettsleg forstand.

⁵⁰ Verzijl 1969 s.59-60. Sjå vedlegg 2 for Jellinek sin systematikk.

⁵¹ Jellinek 1882 s.1.

Den nemnte klassifiseringa vart normalt gjort etter graden av suverenitet medlemsstatane hadde intakt. Følgjeleg tok ein stilling til omfanget og karakteren av den rettslege bindinga mellom statane. Forbundsstaten var den mest omfattande bindinga, og den vanlege oppfatninga var at medlemsstatane gav avkall på store delar av sin statssuverenitet til fordel for den overnasjonale statsmakta. Statsforbundet var derimot særmerkt med eit fråvær av ei overnasjonal statsmakt. Fellesskapet var her mellomstatleg. Dette var og den vanlege oppfatninga av realunionen. Eit særtrekk ved personalunionen og realunionen var at desse innebar ei felles kongemakt.⁵² Det er denne siste typen statssamskipnad som fyrst og fremst var relevant for Noreg og Sverige i unionstida, og det er denne eg vil drøfte vidare. Omgrepsbruken er nokså lik i folkerettsteorien på dette punktet, men innhaldet i dei nemnte omgrepa varierer frå forfattar til forfattar. Følgjeleg er ei meir systematisk oversikt påkravd.

Ikkje alle forfattarar såg det som fruktbart å plassere statssamskipnader i kategoriane real- eller personalunion. Lawrence meinte at dette var ei rein statsrettsleg sontring, som ikkje vedgjekk spørsmålet om folkerettssubjekt. For Lawrence var det avgjerande om ein statssamskipnad faktisk handla som eitt rettssubjekt. Dersom dette var tilfellet var det statssamskipnaden som heilskap som var folkerettssubjektet.⁵³

3.4.1 Realunion

Realunion som ei skildring av ein rettstilstand

Eg vil med det fyrste presisere at omgrepet realunion er eit teoretisk omgrep som vart skapt og nytta i folkerettsteorien. Dette omgrepet vart nytta som eit ledd i klassifiseringa av dei ulike statssamskipnadene. Med andre ord skulle ikkje klassifiseringa som realunion få følgjer for det rettslege forholdet mellom to statar sin fall innanfor denne kategorien. Det var nettopp det rettslege forholdet mellom to statar som skulle være avgjerande for klassifiseringa, og ikkje omvendt. Vi har sett at juridisk teori ikkje vart rekna som ei formell rettskjelde i den positivistiske folkerettsvitskapen i siste halvdel av 1800-talet. I beste fall kunne folkerettsteorien vise til statspraksis og sedvane, og såleis systematisere rettsreglane.

⁵² Phillimore 1879 s.94.

⁵³ Lawrence 1895 s.63.

Omgrepet realunion var såleis ei skildring av ein viss type statssamskipnad i folkeretten. Innhaldet i omgrepet henta teoretikarane fyrst og fremst frå dei eksisterande statssamskipnadene som hadde visse fellestrekk. Som vi skal sjå nedanfor kom og statssuvereniteten inn som eit element i ein statssamskipnad. Suverenitetsomgrepet bygde derimot i stor grad på teoretisk arbeide, som eit forsøk på å forklare rettstilstanden mellom partane. Såleis la dette visse føringar på innhaldet i omgrepet realunion. Suverenitetsteorien la og føringar på oppfatninga av det rettslege forholdet mellom statar i ein realunion, noko som særleg kom fram i den svensk-norske unionskonflikten på slutten av 1800-talet. I denne samanhengen vart omgrepet realunion, som i utgangspunktet berre var ei skildring av ein faktisk rettstilstand, nytta som argument i ei tolking av denne rettstilstanden.

Den rettslege stillinga til realunionen og medlemsstatane, er i utgangspunktet eit spørsmål om suverenitet. I ein statssamskipnad som realunionen, vil omfanget og innhaldet i bindinga i stor grad være avhengig av synet på statssuvereniteten. Når ein i teorien drøftar dei rettslege følgjene av ein realunion, er det altså ikkje dette omgrepet i seg sjølv som er omstridd, men dei følgjene ei slik binding får for statssuvereniteten. Her kjem vi og inn på realunionen sitt tosidige rettsgrunnlag, då eit slikt statssamband nødvendigvis har ein fot i folkeretten og den andre foten i nasjonal rett. Såleis vart realunionen som fenomen, gjenstand for inngåande analyser for å avdekke det eigentlege rettsgrunnlaget til grunn for ein slik statssamskipnad. Særleg var denne interessa stor i tysk rettsteori, og vi skal i denne samanhengen sjå nærare på arbeidet til Georg Jellinek.⁵⁴ I det følgjande skal eg nærare på omgrepet realunion, og dei ulike oppfatningane rundt det, i samsvar med det som er sagt umiddelbart ovanfor.

Eit personfelleskap bygd på traktat

Omgrepet realunion vart nytta i folkerettsteorien for å beskrive ei særskilt rettsleg binding mellom to eller fleire monarkiske statar. Det sentrale ved denne bindinga var at monarken som person var den same i alle statane. Altså var realunionen eit personfelleskap. Eit anna nødvendig element i omgrepet realunion, var at bindinga

⁵⁴ Verzijl 1969 s.140.

mellom statane var formell, altså at den bygde på traktat. Dette vart i motsetnad til personalunionen, der personfellesskapet i monarken bygde på ei tilfeldig hending. Dei to nemnde elementa går att i dei fleste drøftingar rundt realunionen. Det er likevel alt her grunn til å påpeike, at det var mykje strid i den internasjonale folkerettsteorien om det vidare innhaldet og omfanget av realunionen. Dette kan vi ha i mente når vi skal sjå på den tilsvarande drøftinga på norsk og svensk side i unionsdebatten.

Rettsgrunnlaget for realunionen var ein traktat mellom to eller fleire statar. Realunionen var altså i utgangspunktet ei folkerettsleg ordning. Av dette følgjer det og at statane som inngår ei slik avtale, er suverene statar. Utgangspunktet i teorien var at to eller fleire suverene statar ved traktat hadde gått saman under ein felles monark. Ein kan sjølvsagt tenkje seg at ein stat tvinger ein anna stat til eit slikt kongefellesskap som eit vilkår i ein fredstraktat, men eit slik statssamband vil då lett få karakter av eit forhold mellom ein avhengig og ein dominerande stat. Dette forholdet vil då kome i konflikt ved ein annan føresetnad for realunionen, nemleg partane sin suverenitet. Realunionen, som omgrep, bygde i stor grad på partane si formelle likestilling.

Det faktiske institusjonelle fellesskapet – det problematiske rettsgrunnlaget

Vi har ovanfor sett at realunionen var ei folkerettsleg ordning – rettsgrunnlaget for sameininga var ei traktat. Konsekvensane av ei slik sameining var likevel eit faktisk fellesskap i statlege institusjonar. Med Hagerup sine ord var ein statssamskipnad realunion dersom ”*fellesskapet institusjonsmessig omfatter den høieste statsmyndighets representant*”.⁵⁵ I det minste omfatta fellesskapet berre monarken, men det kunne og gå vidare. Ein realunion var altså noko meir enn ei enkel traktat mellom to statar; føremålet kravde ofte eit fellesskap som også omfatta andre delar av statsmakta, typisk utanriksstyret. Fellesskapet omfatta altså kongen som institusjon, normalt med kompetanse til å styre utanrikspolitikken, i tillegg til den reint personelle bindinga. Eit vanleg synspunkt var då at realunionen førte til ei institusjonell binding mellom statane.⁵⁶ Desse institusjonane overtok ein del av statsmakta, og gjorde med dette eit inngrep i suvereniteten til einskildstatane.

⁵⁵ Hagerup 1932 s.91. Sjå og Matzen 1900 s.60 og Wheaton 1836 s.52.

⁵⁶ Verzijl 1969 s.140.

Eit problem var likevel at den folkerettslege avtala som stifta fellesskapet, ikkje kunne heimle opprettinga av dei felles institusjonane. Traktatar var på 1800-talet, som no, ei avtale mellom statar. Etter suverenitetsteorien var verknaden av ei folkerettsleg avtale avhengig av statane si vilje til å følgje den. Følgjeleg fekk ikkje avtala direkte verknad i ein stat. Opprettinga av felles institusjonar er eit statsrettsleg spørsmål som må avgjerast etter nasjonal rett. Det rettslege grunnlaget for desse endringane finn ein normalt i konstitusjonen. I praksis ville dette til dømes kunne føre til at dersom konstitusjonen i ein av statane nekta monarken å sitje på trona i ein annan stat, så måtte ein endre konstitusjonen ved opprettinga av ein realunion. På same måte måtte ein søke heimel i nasjonal rett for å opprette felles statsorgan. Traktaten i seg sjølv kan ikkje gjere dette. Den gjeld berre mellom statane, og det er opp til kvar einskild stat om den vil gjennomføre innhaldet i denne traktaten. Vi ser her at realunionen, til trass for sin folkerettslege natur, har ein statsrettsleg dimensjon. For ein del folkerettsteoretikarar vart det difor vesentleg å finne det eigentlege og sanne rettsgrunnlaget for realunionen.

Særleg var ein i tysk folkerettsteori opptekne av dette spørsmålet.⁵⁷ Eg vil alt her nemnte at Georg Jellinek brakte desse problemstillingane inn i den svensk-norske unionsdebatten gjennom sitt verk "Die Lehre von den Staatenverbindungen". Eit særtrekk ved Jellinek er at han forneakta ei kvar statsrettsleg eller institusjonell binding i ein realunion. Likevel er det grunn til å påpeike at dette spørsmålet ikkje vart problematisert i vesentleg grad elles i folkerettsteorien.⁵⁸ Tilsynelatande tok ein det for gitt at realunionen var ein folkerettsleg skipnad som låg mellom, og ikkje over statane. Statane i ein realunion var altså suverene statar. På denne måten skilde realunionen seg frå forbundsstaten der delstatane var halv-suverene. Om medlemsstatane, som i Austerrike-Ungarn, faktisk hadde eit felles utanriksstyre og andre felles statsorgan, så endra det ikkje på dette standpunktet. Eit dobbelt rettsgrunnlag vart ikkje rekna som eit problem fordi ein aksepterte at statane kunne overføre visse suverenitetsrettar til mellomstatlege eller unionelle fellesorgan, utan at dette førte til tap av staten sin

⁵⁷ Verzijl 1969 s.140-142 nemner særleg eksponentar "of the German doctrine of constitutional law – Zacharie, G. Jellinek, Brie, Georg Meyer, Hatschek".

⁵⁸ Sjø m.a. Heffter 1867 s.39-40, Phillimore 1879 s.95.

suverenitet overfor andre statar.⁵⁹ Etter mitt syn var det den positivistiske metoden i folkeretten som gjorde denne oppfatninga mogleg. For folkeretten var det tilstrekkeleg å sjå til statane sin faktiske handlemåte: handla statane i ein realunion som ei makt, så kunne ein seie at desse, og dermed realunionen, utgjorde eitt folkerettssubjekt. Om sameininga førte til eventuelle statsrettslege komplikasjonar i høve til statssuvereniteten, vedkom dette ikkje folkeretten.

Ein annan konsekvens av at rettsgrunnlaget for realunionen var ein folkerettsleg traktat, var at ein ikkje kunne gjere endringar i unionen sitt innhald ved lov eller andre internrettslege reglar.⁶⁰ Derimot kunne ein av statane, i kraft av sin interne suverenitet, endre sin konstitusjon eller andre reglar i nasjonal rett på ein slik måte at det fekk følgjer for det unionelle fellesskapet. Dette kunne føre til eit brot på den eller dei traktatane som låg til grunn for sameininga, men den andre parten kunne ikkje hindre ei slik endring i nasjonal rett. Til dømes endra Sverige i 1885 ei føresegn i den svenske Regeringsformen, noko som fekk store følgjer for Noreg som partnar i unionen. Det svensk-norske tilfellet skal vi sjå meir på nedanfor. Dette doble rettsgrunnlaget var ein grunnleggjande veikskap ved realunionen, då det gjorde det vanskeleg å skape ei sterk og einsretta statsmakt. Likevel var det nødvendig å skilje mellom rettsgrunnlaga, om ein ikkje ville skipe ei overstatleg sameining som føderasjonen.

Omfanget av fellesskapet

Når det gjeld omfanget av fellesinstitusjonane i ein realunion, så vil dette variere med rettsgrunnlaget for sameininga. Som nemnt var dette traktatar mellom medlemsstatane. I utgangspunktet hadde medlemsstatane full intern og ekstern suverenitet. Om statane ved traktat går saman eit statssamband med felles institusjonar, vil suvereniteten som nemnt bli innskrenka så langt sameininga rekk.⁶¹ Dette betyr ikkje at einskildstaten misser kontrollen over ein del av statsmakta, men derimot at staten må dele kontrollen med den andre parten i unionen. Dette er fordi realunionen er ein mellomstatleg rettsskipnad, ikkje overstatleg. Kor mykje suverenitet statane må avstå til fellesskapet, følgjer av

⁵⁹ Wheaton 1836 s.51-52.

⁶⁰ Jellinek 1882 s.202.

⁶¹ Jellinek 1882 s.200.

avtala mellom dei. I det minste omfattar dette kongemakta og det som nødvendigvis følgjer med denne. Som Liszt peiker på, er det og mogleg å tenkje seg at statane ved traktat blir einige om å opptre som ei makt i alle høve overfor andre statar. I så fall vil partane sin eksterne suverenitet i sin heilskap måtte tre tilbake for fellesskapet.⁶² Som nemnt vil likevel endringar i til dømes statsorgan måtte gjerast med heimel i intern rett. I Austerrike-Ungarn, som er det mest brukte dømet på ein realunion, hadde desse statane m.a. felles utanriksstyre, finansministerium og ein unionell riksrett. Bindinga mellom statane var altså institusjonalisert i fleire sentrale statsorgan. I denne unionen var både den eksterne og dels den interne suvereniteten innskrenka som følgje av unionstraktaten. Det felles utanriksstyret fekk følgjer for Austerrike og Ungarn sitt samkvem med andre statar. Eit felles finansministerium førte til at også ein del av dei to statsmaktene si makt over borgarane gjekk over til eit felles organ. Dette var ei innskrenking av den interne suvereniteten. På dette punktet skilte statssamskipnaden mellom Austerrike og Ungarn seg frå den svensk-norske, i det denne ikkje omfatta fellesskap i indre forhold. Såleis var det berre den eksterne suvereniteten til Noreg og Sverige, denne sameininga gjorde innhogg i. Meir generelt kan ein seie at Austerrike-Ungarn hadde ei jamt over tettare binding enn Sverige-Noreg.

Ein annan konsekvens av felles monark, og dermed eit personfellesskap i den utøvande makta, var at dette kunne få følgjer ut over det reint personlege. I folkerettslitteraturen kom dette til uttrykk som eit krav om fellesskap i krig og fred. Sidan kongen i dei fleste tilfella hadde kompetanse til å byrje krig og slutte fred, ville ei eventuell sameining av kongemakta i to eller fleire statar nødvendigvis krevje ein felles opptreden i utanrikspolitikken. Tankegangen var at kongen ikkje kunne liggje i krig som konge i den eine staten, medan den andre staten var i fred. Følgjeleg førte ei sameining som realunionen til eit fellesskap mellom partane i krig og fred.

Det som er sagt ovanfor, fører over til den folkerettslege sida av realunionen. Denne statssamskipnaden fekk reint faktisk ei rekkje statsrettslege følgjer. Det som gjenstår er å sjå på dei folkerettslege følgjene av realunionen. Eit særtrekk ved realunionen var som nemnt felles kongemakt. Kongen var den utøvande makta, og den som styrte

⁶² Liszt 1898 s.27.

utanrikspolitikken. Spørsmålet er då kva følgjer dette fekk for partane sin status i folkeretten.

Realunionen si stilling i folkeretten – kven var rettssubjekt?

Den folkerettslege stillinga til statane i ein realunion, var i unionstida eit omstridd spørsmål i folkerettsteorien. Som nemnt ovanfor var det ikkje omgrepet realunion som var avgjerande for statane si stilling i folkeretten. Derimot kunne organiseringa i ein statssamskipnad, med eit slikt innhald som omgrepet realunion vart brukt for å skildre, få følgjer for statane sin suverenitet. I utgangspunktet vart suverenitet rekna som ein eigenskap som låg til einskildstaten. Denne oppfatninga vart utfordra når to eller fleire statar gjekk saman i eit statssamband. J. C. Bluntschli skildra dette som dei tilfella der det unntaksvis viste seg *”eine Doppelsouveränität wie eine zweifache Staatenbildung, die eine des Gesamtstates, die andere der Einzelstaaten”*.⁶³ Sidan det i folkerettsteorien herska ulike oppfatningar både om det faktiske og rettslege innhaldet så vel som omfanget i ein realunion, og om statssuverenitet generelt, fekk dette utslag i ulike oppfatningar om dei folkerettslege følgjene av eit slikt statssamband.

Etter mitt skjønn er det på trass av usemje om nyansane, likevel mogleg å trekke fram tre hovudliner i litteraturen. På den eine sida har ein dei som rekna realunionen som folkerettssubjekt i staden for statane. I motsett ende finn vi dei som meinte ei sameining som realunionen ikkje fekk følgjer for einskildstatane sin suverenitet, og dermed at desse heldt fram som folkerettssubjekt også i sameininga. I ei mellomstilling kjem det synet på sameininga, at statane i ein realunion går saman i eitt folkerettssubjekt så langt føremålet med sameininga krev. Altså er den eksterne suvereniteten delvis gått over på sameininga. I det følgjande skal vi sjå nærare på desse tre synspunkta.

Sir Robert Phillimore kan nemnast som talsmann for det fyrste av dei tre synspunkta på unionen sine folkerettslege følgjer.⁶⁴ I følgje Phillimore mangla medlemsstatane i ein

⁶³ Bluntschli 1868 s.86. Dette sitatet retta seg i utgangspunktet på forbundsstaten, men Bluntschli viser til det i samband med drøftinga av realunionen.

⁶⁴ Nussbaum 1946 s.235. Phillimore sitt verk vert av Nussbaum omtalt som den viktigaste av dei engelske *”treatises”* i det nittande hundreåret.

realunion ekstern suverenitet, og difor kunne dei ikkje reknast som folkerettssubjekt.⁶⁵ Den eksterne suvereniteten var gått over til unionen, og det var denne som representerte medlemsstatane overfor andre statar. Phillimore meinte at statar som gjekk saman under ein konge, smelta saman til eitt rettssubjekt "*as far as their External Relations are concerned*".⁶⁶ Dette var ein konsekvens av ei felles kongemakt. Også Wheaton kom til denne konklusjonen.⁶⁷ Utan ekstern suverenitet hadde ikkje ein stat folkerettsleg handleevne, uansett kva namn ein gav statssamskipnaden. Det var unionen som både rettsleg og faktisk representerte statane. Rettssubjektet var då unionen. Til trass for at unionen var rettssubjekt overfor andre statar, rekna ein likevel statane som sjølvstendige. Det som skilte realunionen frå avhengige statar, var at realunionen bygde på likskap mellom medlemsstatane. Såleis stod ingen av statane formelt under ein annan stat.

Av dei kontinentale folkerettsjuristane formulerte Holtzendorff dette slik at medlemsstatane i ein realunion, "*under alle omstændigheder, ligesom helstaterne representeres udad ved en statsmagts villie*".⁶⁸ Det var altså berre ei statsmakt som kunne representere folkevilja overfor andre statar. Om denne statsmakta var eit felles organ, eller utanriksstyret i ein av medlemsstatane, seier Holtzendorff ikkje noko om. Av samanhengen i framstillinga går det likevel fram at han rekna medlemsstatane i ein realunion for suverene.

Den andre lina i folkerettsteorien, som stod i ei mellomstilling, var den som såg den eksterne suvereniteten til medlemsstatane delvis overført til unionen. Oppfatninga var her at realunionen var ei fellesmakt i visse spørsmål, medan statane opptredde kvar for seg i andre spørsmål. Dette synspunktet bygde på oppfatninga av suverenitetsomgrepet som eit fleirsidig fenomen, som ikkje var absolutt, men kunne førekomme i ulike grader og variasjonar. I realunionen måtte den nærare avgrensinga gjerast etter rettsgrunnlaget for unionen, altså den underliggjande avtala mellom medlemsstatane. Slike

⁶⁵ Phillimore 1879 s.95.

⁶⁶ Phillimore 1879 s.95.

⁶⁷ Wheaton 1836 s.52.

⁶⁸ Holtzendorff 1885 s.39 i Francis Hagerup si oversetjing.

fellesspørsmål vil i alle praktiske tilfelle være dei typiske politiske spørsmåla. Fordi realunionen nettopp bygde på ei felles kongemakt, altså den utøvande makta i konstitusjonelle monarki, er det vanskeleg å tenke seg ein realunion utan ei avtalebinding som omfattar eit utanrikspolitisk fellesskap. Døme på politiske spørsmål er slutting av krig og fred, og sending og mottaking av gesandtar. Det som då ikkje er politiske spørsmål, eller følgjer av føremålet med statssamskipnaden, er då opp til statane sjølv å handsame. Liszt nemner i si bok frå 1898, handels- og utleveringstraktater som døme på folkerettslege avtaler som statane i ein realunion kan gjere som sjølvstendige rettssubjekt. I kva grad medlemsstatane kunne opptre for seg sjølv overfor andre statar, måtte likevel avgjerast etter ei konkret tolking av det aktuelle rettsgrunnlaget for sameininga. Ein av dei mest leste folkerettsforfattarane på 1800-talet, A. W. Heffter, viste til at omfanget av den underliggjande avtala kunne variere i dei ulike realunionane. På den eine sida hadde ein ei sameining som den svensk-norske, der statane hadde eit utanrikspolitisk fellesskap i krig og fred, og i eventuelle andre unionsføremål. Realunionen kunne og være tettare, slik som for Austerrike og Ungarn, der sjølv statsmakta i større grad var felles for dei sameinte statane.⁶⁹

Det er noko uklart i teorien om unionen blir rekna som eit folkerettssubjekt i tillegg til statane, eller om medlemsstatane har behaldt særskilt rettsleg handleevne på visse områder, men at det er unionen som er det einaste folkerettssubjektet. Oppenheim seier til dømes at einskildstatane kan slutte separate traktatar, men det er unionen som inngår desse på vegne av einskildstaten. Følgjeleg, seier Oppenheim, er det *unionen* og ikkje einskildstatane som er folkerettssubjektet.⁷⁰ Dette er då ein "*one single but composite International person*". Såleis kunne eg like godt ha plassert Oppenheim i den fyrste kategorien. Når eg likevel plasserer Oppenheim som eg gjer, skuldast dette at den faktiske oppfatninga han kjem med er at medlemsstatane til ei viss grad kan opptre på eigen hand. Også for Liszt var utgangspunktet at berre statar kunne være folkerettssubjekt.⁷¹ I ein realunion var statane sameinte på ein slik måte at "*die verbundenen Staaten jeder für sich nicht als völkerrechtliche Rechtssubjekte*

⁶⁹ Heffter 1867 s.40.

⁷⁰ Oppenheim 1905 s.127.

⁷¹ Liszt 1898 s.21. 1915 s.47.

erscheinen".⁷² Når Liszt seier at statane ikkje kjem til syne som folkerettssubjekt, kan dette tolkast som om dei sameinte statane og har status som rettssubjekt i unionen, men at denne faktisk opptrer som rettssubjektet. Meir komplisert blir det når Liszt innrømmer statane i sameininga "*eine gewisse völkerrechtliche Handlungsfähigkeit*".⁷³ At han eksplisitt påpeiker at statane har ei rettsleg handleevne på visse områder, talar igjen for at sameininga er rettssubjektet, men at statane har rettsleg handleevne på avgrensa områder. Såleis omtalar han to rettslege tilstandar, nemleg som rettssubjekt og det å ha rettsleg handleevne. Spørsmålet blir då korleis tilhøvet er mellom desse. Svaret finn vi truleg i Liszt sin definisjon av suverenitet. Statssuvereniteten kjem i følge Liszt til syne gjennom ei uinnskrenka folkerettsleg handleevne. Sidan Liszt ikkje såg på suvereniteten som udeleg, aksepterte han at suvereniteten vart avgrensa gjennom traktatar. I ein omfattande realunion kunne den folkerettslege handleevna i prinsippet være fullstendig oppslukt av unionsføremålet. I eit slikt tilfelle, sa Liszt, "*ist jener Staat als völkerrechtliches Rechtssubjekt überhaupt nicht vorhanden*".⁷⁴ Rettssubjekt var då utelukkande statane som fellesmakt. Etter dette må ein tolke Liszt slik at sameininga er rettssubjektet i så stor grad som unionsføremålet krev. Utanfor dette har statane ei viss handleevne, og kan opptre uavhengig av kvarandre og sameininga. Ei tilsvarende oppfatning har Bluntschli i det han seier at statane i ein realunion vert sett på som ei fellesmakt i folkeretten, og at dei dermed talar med ei stemme. Følgjeleg er då realunionen folkerettssubjektet. Likevel legg han til at forholdet mellom medlemsstatane kan tilseie at "*eine besondere Vertretung*", ein viss individuell opptreden, er tillateleg.⁷⁵ Dette tolkar eg som at han opnar iallfall for ein viss sjølvstendig opptreden frå medlemsstatane si side, om ikkje rettsgrunnlaget for sameininga seier noko anna.

Det tredje synet på realunionen si folkerettslege stilling var at statane heldt fram som sjølvstendige folkerettssubjekt til trass for statssamskipnaden. Ut i frå Jellinek sin argumentasjon, kan det sjå ut som om han reknar unionen som folkerettssubjekt i dei

⁷² Liszt 1898 s.24. 1915 s.57.

⁷³ Liszt 1898 s.24-25.

⁷⁴ List 1898 s.27.

⁷⁵ Bluntschli 1868 s.88.

politiske spørsmåla, medan einskildstatane er folkerettssubjekt elles.⁷⁶ Jellinek seier at partane i unionen i praksis opptre som ei fellesmakt, ”*Gesamtmacht*”, i politiske spørsmål. Likevel kan ein ut i frå samanhengen i Jellinek si framstilling, slutte at partane sin felles opptreden i politiske spørsmål ikkje får innverknad for suvereniteten. Jellinek sitt utgangspunkt er at statane i ein realunion er suverene. Bakgrunnen for dette standpunktet var Jellinek sitt prinsipielle syn på suverenitet; Jellinek sondra ikkje mellom stats- og folkerettsleg suverenitet, dette var ”*nicht zwei getrennte Souveränitäten, sondern eine und dieselbe*”.⁷⁷ Alle statar, held han fram, som er statsrettsleg uavhengige, er som ein konsekvens av dette også folkerettsleg uavhengige. Sidan realunionen etter Jellinek sitt syn var ein rein folkerettsleg skipnad mellom suverene statar, ville statane dermed være statsrettsleg uavhengige. Konsekvensen av Jellinek sitt syn blir då at partane i realunionen, iallfall formelt sett, var sjølvstendige folkerettssubjekt. Når dette er sagt er det grunn til å presisere at ein ikkje bør overvurdere skilnaden mellom den sistnemnde hovudlina og den føregåande. Usemja ligg nok meir på det prinsipielle planet enn i det praktiske livet. Begge dei nemnte synspunkta har det til felles at dei tar høgde for at partane i ein realunion kan opptre på eiga hand overfor andre statar.

Jellinek sitt standpunkt fekk som vi skal sjå stor innverknad i den svensk-norske unionsdebatten. Årsaka til dette ligg etter mi meining i dagen: Det var viktig for Noreg å være eit sjølvstendig folkerettssubjekt med tanke på norsk innverknad i utanrikspolitikken.

Som vi ser av desse tre hovudlinene var det motstridande syn på den folkerettslege konsekvensen av realunionen. Etter mitt skjønn skuldast dette forskjellig metodebruk. I praksis ville statane i ein realunion framstå som eitt rettssubjekt overfor andre statar. Dette påpeikte sjølv Jellinek. Såleis var det naturleg etter den positivistiske metoden å leggje til grunn statane sin faktiske handlemåte, nemleg som ei makt. Dette synspunktet bygde på at medlemsstatane hadde overført delar av sin suverenitet til unionen. I kva grad dette var mogleg ut i frå grunnlaget for statssuvereniteten, vart ikkje

⁷⁶ Jellinek 1882 s.211-216.

⁷⁷ Jellinek 1882 s.23.

problematisert. Det avgjerande var statane sin handlemåte, og ikkje teoretiske følgjer av statssuvereniteten. Jellinek tok derimot utgangspunkt i statssuvereniteten, og la vekt på at denne var til hinder for at medlemsstatane kunne overføre delar av denne til unionen. Jellinek definerte difor medlemsstatane si rettslege stilling ut i frå innhaldet i suverenitetsomgrepet. At statane opptredde som eitt rettssubjekt i praksis var ikkje avgjerande.

3.4.2 Personalunion

Den andre typen statssamskipnad som var oppe i unionsdebatten mellom Sverige og Noreg, var den såkalla personalunionen. Av namnet følgjer det at dette var ei personell binding mellom to eller fleire statar. Personalunionen er og omtalt som ein ”Thronforbindelse”, noko som gir eit godt uttrykk for innhaldet i denne statssamskipnaden.⁷⁸ Dei europeiske kongehusa var ofte i slektskap med kvarandre, gjerne som følgje av ein medviten politikk. Det hende difor at ein og same monark var arving til fleire troner. Personalunionen er difor ikkje eit statssamband med rettsleg karakter. Det er meir korrekt å kalle det eit historisk-politisk statssamband. Eit døme på ein personalunion var unionen mellom Storbritannia og Hannover mellom 1714 og 1837. I dette tilfellet var det ingen felles institusjonar mellom dei to statane bortsett frå monarken. I fleire tilfelle var Storbritannia i krig, medan Hannover var i fred.

I ein personalunion er det som nemnt berre monarken som er felles mellom statane. Skilnaden til realunionen er då fyrst og fremst ein mangel på felles institusjonar. I ein personalunion er det ingen rettslege bindingar mellom statane. Såleis kan partane til dømes føre ein ulik og motstridande utanrikspolitikk.⁷⁹ Den folkerettslege konsekvensen av personalunionen synest å være at medlemsstatane held fram som sjølvstendige folkerettssubjekt.⁸⁰ Unionen i seg sjølv er ikkje eit rettssubjekt.

⁷⁸ Morgenstierne, TfR 1896 s.42.

⁷⁹ de Vattel 1758 s.12.

⁸⁰ Phillimore 1879 s.97-98 meinte at den eksterne suvereniteten til medlemsstatane var smelta saman i unionen, men at den ville gjenoppstå dersom unionen vart oppløyst.

3.4.3 Jellinek og "Die Lehre von den Staatenverbindungen"

Systematikken – ei oversikt

Standardverket om statssamband i siste kvartal av 1800-talet og seinare var "Die Lehre von den Staatenverbindungen" av Georg Jellinek. Dette kom ut i 1882, og var den andre av ei rekkje bøker Jellinek skreiv om staten og statsomgrepet. Verket omhandla meir enn det ein normalt legg i ordet statssamband. Jellinek omtalte alle moglege former for rettslege bindingar mellom statar. Den fyrste sontringa han gjorde var mellom bindingar av historisk-politisk karakter, herunder personalunionen, og bindingar av rettsleg karakter. Den sistnemnde typen statssamband, dei av rettsleg karakter, delte Jellinek på nytt inn i organiserte og ikkje-organiserte bindingar. Med ikkje-organiserte statsbindingane meinte Jellinek mellom anna traktatar mellom statar, alliansar, forsvarsgarantiar og protektorat, den såkalla "Staatenstaat" og heile det mellomstatlege samkvemmet.⁸¹ Desse statsbindingane er mangearta, og varierer både i omfang og karakter. Felles for dei alle er likevel at statane i desse forholda mangla eit felles organ eller institusjon som styrte det mellomstatlege samkvemmet. Dei var altså ikkje organiserte i ei slik grad at samkvemmet mellom statane var institusjonalisert. Det er nettopp institusjonaliseringa av rettsforholdet mellom statane som, etter Jellinek sin systematikk, skil det organiserte statssambandet frå det ikkje-organiserte. Dei typane statssamband som då er att er dei internasjonale forvaltningsorganisasjonane, statsforbundet, forbundsstaten og realunionen. Som framstillinga ovanfor legg opp til, er det realunionen som er av interesse her, og i det følgjande vil eg gjere greie for Jellinek sitt syn på denne.

Realunionen

For Jellinek var realunionen eit politisk statssamband, som statane kunne inngå utan å måtte avstå suverenitet. I sin natur var realunionen eit statssamband mellom fleire monarkiske statar der *"sie können ihre politische Zusammengehörigkeit dadurch zum Ausdruck bringen, dass sie die Trägerschaft ihres Willens einer und derselben physischen Person zuweisen, derart das dieselbe rechtlich so viele Staatsgewalten*

⁸¹ Jellinek 1882 s.137-157. Med "staatenstat" meinte Jellinek statssamband der ein stat faktisk stod over ein annan stat, utan at det eksisterte eit institusjonalisert fellesskap. Som døme nytta han det osmanske riket.

repräsentirt, als Staaten vereinigt sind".⁸² Etter Jellinek sin definisjon var då realunionen eit politisk fellesskap mellom to eller fleire statar, der statsviljen til fleire statar var samla i ein felles monark. Kompetansen til monarken var likevel ikkje uavgrensa, men underlagt konstitusjonelle innskrenkingar. Såleis var omfanget av fellesskapet ikkje berre styrt av den rettsstiftande traktaten, men og av konstitusjonelle forhold hos dei ulike medlemsstatane. Som vi skal sjå nedanfor i kapittel 4.5, var ulike kompetansereglar eit problem også i sameininga mellom Noreg og Sverige. I dette ligg det og at monarken henta si kompetanse frå nasjonal rett, og ikkje frå traktatar mellom statane. Dette er nokså sjølvst, monarken var den utøvande makta, men dette biletet blir komplisert ved at den rettsstiftande traktaten nødvendigvis må innehalde reglar om den felles kongemakta. Følgjeleg kan ein komme i ein situasjon der monarken sin kompetanse er vidare etter traktaten enn etter nasjonal rett i ein av medlemsstatane. Jellinek gir ikkje noko svar på dette hypotetiske problemet, men ut i frå oppfatninga av realunionen som ein reint folkerettsleg skipnad, så vil ikkje monarken kunne handle etter traktaten åleine, utan å ha heimel for det i nasjonal rett.

Det neste spørsmålet blir så kor omfattande det unionelle fellesskapet er. Er det avgrensa til monarken sin person, eller omfattar det og andre statsorgan? Dette var eit spørsmål om suverenitet, og her var Jellinek nokså bastant: "*Sollen die zu unirenden Staaten aber souverän bleiben, dann muss jeder seine Staatsgewalt ganz und ungetheilt besitzen*".⁸³ Det avgjerande var altså at statsmakta var uavhengig av dei andre statane i unionen. Realunionen hadde dermed ikkje nokon overstatleg karakter, men var ei folkerettsleg binding utan samband til medlemsstatane sin nasjonale rett. Sett i samband med den svensk-norske striden om særskilt norsk utanriksstyre, kan ein tolke Jellinek slik at han meinte at kvar einskild stat i realunionen skulle ha sitt eige utanriksstyre. Som vi skal sjå nedanfor, var Jellinek i praksis noko meir nyansert på dette punktet, til trass for den prinsipielle retten til medlemsstatane.

Derimot slutta Jellinek i høve til det nemnde utgangspunktet, at i motsetnad til føderasjonen og statsforbundet representerte den felles kongemakta i ein realunion kvar

⁸² Jellinek 1882 s.211.

⁸³ Jellinek 1882 s.212.

stat for seg, og ikkje alle under eitt. Likevel var det ikkje noko i vegen for at unionspartane i praksis let sine statsorgan opptre og handle i fellesskap; dette var i mange tilfelle nødvendig. Føresetnaden var likevel at partane sine statsorgan var formelt uavhengige av kvarandre. Dersom fellesskapet også omfatta felles statsorgan, meinte Jellinek det ville være ein forbundsstat, ikkje ein realunion. Felles statsorgan ville ha gjort statssambandet overnasjonalt. Realunionen var med andre ord av folkerettsleg og ikkje av statsrettsleg karakter. Realunionen var altså ein statssamskipnad av suverene statar med innbyrdes uavhengige statsmakter. I dette ligg det at fellesskapet var avgrensa til monarken sin person. Konsekvensen av Jellinek sitt syn, var då at monarken ikkje var ein fellesinstitusjon, men eit statsorgan som personelt hadde same stilling i fleire statar. Såleis kan ein spørje seg kva skilnaden er til personalunionen? Vi har jo ovanfor sett at personalunionen var eit statssamband som var avgrensa til monarken sin person. Dette spørsmålet stilte og Jellinek. Forskjellen er, sa han, at realunionen er ei binding mellom statane sjølve, medan personalunionen ikkje byggjer på ei avtalebinding. Personalunionen byggjer på ei tilfeldig hending som resulterer i ein felles monark. Personalunionen er difor ikkje ei rettsleg binding mellom statane, då den ikkje er komen i stand ved utøving av statane si vilje. I realunionen er derimot den felles kongemakta eit rettsleg fellesskap som er kome i stand som følgje av dei ”*geeinigten Willen der Staaten*”. Kongemakta i realunionen er då ”*gemeinsamer in dem Sinne*” og ”*indem die natürliche Einheit eine rechtliche Mehrheit repräsentirt*”.⁸⁴ Kongemakta var med andre ord eit statsorgan som gjennom sin person heldt fleire rettsleg uavhengige statar saman, utan at desse var bundne saman statsrettsleg.

Jellinek meinte altså at realunionen førte med seg eit visst rettsleg fellesskap i og med den felles kongemakta. Spørsmålet blir då kva det konkrete innhaldet i dette fellesskapet er. Realunionen var i følgje Jellinek ein særvariant av statsforbundet. Dei tre kjenneteikna for statsforbundet gjaldt då og for realunionen. Det fyrste særtrekket ved statsforbundet, og dermed og realunionen, var at dei sameinte statane etablerte eit traktatfellesskap. For det andre måtte sambandet ha eit føremål som i det minste omfatta felles vern av dei sameinte statane sitt territorium. Det tredje kjenneteiknet var at statane i fellesskap oppretta eit organ som kunne utøve statane si felles vilje. Alle desse

⁸⁴ Jellinek 1882 s.212.

kjenneteikna for statsforbundet var og særtrekk ved realunionen. I høve til forbundsstaten skapte verken statsforbundet eller realunionen eit statsorgan som låg over medlemsstatane. Den felles kongemakta var noko statane delte seg imellom, og ikkje eit organ som styrte medlemsstatane under eitt. I prinsippet var forbundsstaten ein statsskipnad som låg over medlemsstatane, medan realunionen var namnet på eit traktatfesta personfellesskap mellom partane. Det var altså kongen sin person som var ”fellesorganet” i realunionen. Når det gjaldt traktatfellesskapet, låg det i følgje Jellinek i realunionen sin natur at statane hadde ein felles utanrikspolitikk. Omfanget av traktatfellesskapet gjekk saman med unionsføremålet, og normalt ville dette omfatte heile det politiske området.

Dette er eit sentralt poeng i høve til den norske unionsdebatten. Som vi skal sjå nedanfor, hevda mellom andre Bernhard Getz at Noreg var eit særskilt rettssubjekt overfor andre statar, ved å vise til Jellinek sine utsagn om at ein kvar suveren stat var eit folkerettssubjekt. Getz la altså til grunn Jellinek sitt prinsipielle syn på den rettslege bindinga mellom Noreg og Sverige, og sa ingenting om dei praktiske følgjene av denne. I praksis ville nemleg Noreg og Sverige *framstå* som ei makt i utanrikspolitikken også etter Jellinek sitt syn. I den norske og svenske unionsdebatten var likevel den prinsipielle retten viktigare enn dei praktiske følgjene. Også retten til å sende og ta i mot gesandtar låg til statane i fellesskap.⁸⁵ Sjølv om realunionen ikkje hadde eit overstatleg organ, var likevel krig mellom partane utenkeleg. Synspunktet til Jellinek var, som fleire andre folkerettsforfattarar, at monarken ikkje kunne føre krig mot seg sjølv. Eit angrep mot ein av statane i realunionen var då, sidan kongemakta låg til same person, og eit angrep mot dei andre statane i unionen. Jellinek presiserte likevel at dei tre nemnte kjenneteikna berre var minimumsvilkår. Det vidare innhaldet måtte følgje av unionsføremålet og unionsavtala. Omfanget av statsbindinga kunne då variere, og det var her berre ”*die Souveränität der vereinigten Staaten die Grenze, an welcher die Vereinigung, wenn sie ihrem Begriffe entsprechen soll, Halt machen muss*”.⁸⁶

⁸⁵ Jellinek 1882 s.220.

⁸⁶ Jellinek 1882 s.215.

Jellinek sitt syn på realunionen sin rettslege karakter

Som nemnt var det semje i folkerettsteorien at det institusjonelle fellesskapet i ein realunion i det minste var ei felles kongemakt. Denne kongemakta har sitt rettslege grunnlag i konstitusjonen i den aktuelle staten. Organiseringa av den vidare statsmakta er og regulert av statsretten, altså nasjonal rett med heimel i grunnlov, formell lov eller andre nasjonale rettskilder. I ein realunion var og denne kongemakta, som i utgangspunktet har sitt rettsgrunnlag i nasjonal rett, eit statsorgan som var felles for to eller fleire statar på grunnlag av ei folkerettsleg avtale. Følgjeleg oppstår det eit spørsmål om realunionen si rettslege stilling og tilhøvet til nasjonal rett.

Jellinek tar stilling til dette spørsmålet i samband med ei drøfting av oppløysing og brot på unionsavtala. Utgangspunktet var at rettsgrunnlaget for unionen er ei eller fleire traktatar mellom medlemsstatane. Unionen kviler då på eit folkerettsleg grunnlag, og er følgjeleg eit folkerettsleg fenomen. Dette seier ikkje Jellinek eksplisitt. Derimot viser han til det umoglege ved ein slik statssamskipnad med eit konstitusjonelt rettsgrunnlag. Dømet Jellinek bruker er unionen mellom Noreg og Sverige. Om denne unionen bygde på føresegnar i Noreg si grunnlov, ville Noreg framleis være bunden av unionsavtalen sjølv om Sverige handla i strid med føresegnene i Riksakta. Eit traktatbrot frå Sverige si side ville med andre ord ikkje gjere Noreg fri frå bindinga med Sverige; til dette krev ein ei grunnlovsending. Dersom rettsgrunnlaget for unionen var den folkerettslege avtala mellom Noreg og Sverige, ville Noreg i ein slik situasjon kunne seie seg fri frå eventuelle plikter denne avtala medførte. Dette meinte Jellinek var den riktige forståinga av realunionen sin rettslege karakter. I det svensk-norske tilfellet var difor ikkje dei aktuelle norske grunnlovsføresegnene rettsgrunnlaget for unionen; dette var å finne i Riksakta.

Vi er no inne på eit sentralt punkt i Jellinek si forståing av realunionen: Den er eit *folkerettsleg* fenomen, og grip difor ikkje direkte inn i statane sine interne forhold. Med andre ord kan vi seie at realunionen ikkje omfattar det statsrettslege området. Dette er det statane sjølve som rår over, til trass for den folkerettslege bindinga realunionen medfører. Eventuelle endringar i statsmakta som følgje av unionen og ei felles kongemakt vil då, som følgje av statane sin suverenitet, måtte skje frå staten si side, og ikkje som ei direkte følgje av unionen. Sjølv om Jellinek ikkje seier dette eksplisitt i

”Die Lehre von den Staatenverbindungen”, er dette likevel ei nødvendig følgje av læra han kjem med. Dette var og i samsvar med den vanlege læra om verknaden av folkerettslege avtaler.⁸⁷ I ”System der subjektiven Öffentlichen Rechte” frå 1892 peiker Jellinek på at ein realunion krev ”*staatsrechtliche, legislatorische Leistungen der verbündeten Staaten*”.⁸⁸ På grunn av det nokså omfattande behovet av nasjonal lovgjeving i samband med realunionen, vil denne framstå ”*auf den ersten Blick als staats- nicht als völkerrechtliche Verbindung*”.⁸⁹ Jellinek presiserer med dette at realunionen blir værande på det folkerettslege planet, til trass for at gjennomføringa krev visse endringar i medlemsstatane sitt interne styresett. Her gir han og ei forklaring på kvifor det eksisterte så mange ulike oppfatningar rundt dei rettslege følgjene av ein realunion. Den rettslege skipnaden, som til trass for at den er reint folkerettsleg, byggjer på eit felles statsorgan og krev endringar i nasjonal rett. Difor var det lett å få inntrykk av at den rettslege bindinga også strekte seg til nasjonal rett.

3.4.4 Synet på den svensk-norske unionen i internasjonal folkerettsteori

Det var som nemnt ulike oppfatningar om dei rettslege følgjene av den faktiske tilstanden som blir etablert når to eller fleire statar går saman under ein monark. Desse oppfatningane bygde dels på ei analyse av historiske og eksisterande statssamband av ein tilsvarende karakter, og dels på dei meir prinsipielle vurderingane av eit slikt statssamband sine følgjer for statssuvereniteten. Det neste spørsmålet blir då korleis ein i den internasjonale folkerettsteorien såg på den svensk-norske sameininga i denne konteksten.

Som synet på den folkerettslege stillinga til statar i real- og personalunion generelt, var ein i den internasjonale rettsteorien usamde i klassifiseringa av den svensk norske unionen.⁹⁰ Denne usemja var altså ikkje avgrensa til den svensk-norske unionsdebatten. Årsaka til denne meiningsskilnaden kan være så mangt. Noko skuldast nok ulike oppfatningar om rettsgrunnlaget for unionen. Andre var kanskje farga av det politiske

⁸⁷ Oppenheim 1905 s.539-540.

⁸⁸ Jellinek 1892 s.294-295.

⁸⁹ Sst.

⁹⁰ Liszt 1898 s.25 omtalte det rettslege synet på den svensk-norske unionen som ”sehr bestritten”.

synet på unionen. Ei tredje årsak kan være at usemje om den svensk norske unionen skuldast at ein hadde ulike oppfatningar om innhaldet i omgrepa real- og personalunion, og då særleg i spørsmål relatert til suverenitet. Som nemnt var det sterk usemje rundt oppfatninga av realunionen generelt, og denne meiningsskilnaden vil følgeleg kome til syne også i oppfatninga av den svensk-norske realunionen. Det er og viktig å presisere, at terminologien i seg sjølv ikkje spelar noko rolle. Det avgjerande er korleis ein i folkerettsteorien såg på den svensk-norske sameininga i høve til den rettslege karakteren, omfanget og andre rettslege følgjer.

Den gjengse oppfatninga av den svensk-norske unionen, synest å være den at sameininga var ein klassisk realunion med visst institusjonelt fellesskap og eit fellesskap overfor andre statar.⁹¹ Av dei forfattarane vi har nemnt ovanfor, var List, Oppenheim, Bluntschli, Holtzendorff og Heffter alle av denne oppfatninga. Ein kunne likevel være usamde i nyansar, som til dømes omfanget av fellesskapet overfor utlandet.⁹² På den andre sida har vi dei som rekna unionen som ein personalunion, men med eit innhald som var innanfor den vanlege oppfatninga av realunionen. Sir Robert Phillimore var ein framtrедande eksponent for dette synet i sitt kjende verk "Commentaries upon International Law" frå 1879. For Phillimore var skilnaden mellom realunionen og personalunionen, at den siste berre var mellombels som følgje av eit felles kongeleg dynasti. Såleis var Noreg og Sverige som særskilte folkerettssubjekt smelta saman til eitt folkerettssubjekt så lenge sameininga varte. I realunionen var dette permanent. Phillimore sin personalunion har difor visse trekk til felles med den klassiske realunionen.

Den eigentlege motsetninga i folkerettsteorien, var ikkje den terminologiske, men den som gjekk på verknadene av ei felles kongemakt. Dette var eigentleg eit spørsmål om statssuverenitet, og i kva grad ei institusjonell binding var mogleg mellom to suverene statar. Årsaka til denne meiningsskilnaden låg i ulike metodiske framgangsmåtar. Dei forfattarane vi har nemnt ovanfor, synest alle å gi uttrykk for statssuvereniteten som

⁹¹ Verzijl 1969 s.142. Dette er Verzijl si vurdering i ei folkerettshistorisk drøfting.

⁹² Höjer 1885 s.171-172 nemner og Juraschek og Blumerincq. Av nordiske forfattarar nemner Höier og Rydin, Naumann, Stang og Aschehoug. Sjå Hagerup 1932 s.90 og Morgenstierne Tfr 1896 s.42.

deleleg. Ei overføring av visse suverenitetsrettar til felles unionelle institusjonar, førte ikkje til ei endring i medlemsstatane sin status som suverene statar. I ein realunion var det då den ytre eller eksterne suvereniteten som vart overført til unionen, slik at det var unionen i seg sjølv som representerte medlemsstatane overfor andre statar. Grunnlaget for denne oppfatninga henta dei i statspraksis. Det var likevel delte oppfatningar om statssuvereniteten i det heile kunne delast i ein intern og ein ekstern del. Av dei som rekna statssuvereniteten som udeleleg, var Georg Jellinek den som fekk størst innverknad i den svensk-norske unionsdebatten. Til trass for at også Jellinek karakteriserte den svensk-norske unionen som ein realunion, var dei rettslege følgjene av Jellinek sin realunion prinsipielt annleis enn hos dei fleste andre forfattarane. Som vi har sett, la Jellinek vekt på at den absolutte statssuvereniteten sette grenser for ei folkerettsleg binding som realunionen. Jellinek utleia altså statane si stilling ut i frå suverenitetsomgrepet, og ikkje statspraksis. Dei praktiske følgjene av Jellinek si oppfatning var likevel ikkje så ulike den gjengse oppfatninga, som ein kunne få uttrykk for ved å sjå på dei prinsipielle standpunkta. I den svensk-norske unionsdebatten derimot, var Jellinek sitt prinsipielle syn på ei sameining som den svensk-norske, eit vesentleg bidrag til dei juristane som gjekk inn for eit særskilt norsk utanriksstyre.

4 Folkeretten og unionen

4.1 Innleiing

Eit viktig stridstema på norsk side i unionskonflikten mellom 1885 og 1905, var spørsmålet om Noreg var ein suveren stat. Dette hadde samanheng med det norske kravet om eit eige utanriksstyre. Utan eit eige utanriksstyre, meinte den norske venstresida, var ikkje Noreg ein suveren stat. Oppfatninga var at suvereniteten måtte være uinnskrenka for at staten kunne reknast som suveren, og dermed sjølvstendig. Mot dette synet stod høgresida i norsk politikk. Med Bredo Morgenstjerne i spissen, meinte dei at Noreg var ein suveren stat til trass for ei viss innskrenking i suvereniteten som følge av unionen med Sverige. Sjølv utan eit særskilt utanriksstyre var Noreg ein sjølvstendig og suveren stat.

Spørsmålet om Noreg kunne opprette eit særskilt norsk utanriksstyre, var eit spørsmål om Noreg si rettslege stilling, både i unionen og i høve til andre statar. Dette tosidige spørsmålet reflekterte det dobbelte rettsgrunnlaget ein slik statssamskipnad nødvendigvis måtte byggje på. I den følgjande drøftinga vil eg i kapittel 4.2 sjå på dei ulike oppfatningane i unionsdebatten om unionen sin rettslege karakter. Eg vil særleg sjå dei norske og svenske oppfatningane mot den tilsvarande behandlinga i folkerettsteorien. Denne drøftinga overlappar til dels spørsmålet om unionen og partane si folkerettslege stilling. Eg vil med omsyn til systematikken behandle dette spørsmålet for seg sjølv i dei to etterfølgjande kapitla. Gjennom heile drøftinga vil eg vise at ulike oppfatningar i folkerettsteorien om dei aktuelle spørsmåla, også gjorde seg gjeldande i norsk og svensk rettsteori. I kapittel 4.4 vil eg vise, at den prinsipielle oppfatninga av statssuvereniteten fekk direkte følgjer for dei rettslege vurderingane i den norske unionsdebatten. Denne drøftinga vil nødvendigvis føre til noko dobbeltbehandling i høve til dei føregåande kapitla og den allmenne drøftinga i kapittel 3.3.

Til slutt vil eg og sjå på den svenske forfatningsendringa i 1885 i lys av det som då er sagt om unionen sin rettslege karakter og rettsgrunnlag.

4.2 Innhald, omfang og klassifisering

4.2.1 Unionen er ein realunion med felles institusjonar

Bredo Morgenstierne

Eit problem for den unionsvennlege høgresida i norsk politikk, var at den av venstresida vart framstilt som motstandar av å innrømme Noreg rettar overfor Sverige. I lys av den politiske situasjonen og stemningane i det breiare laget i samfunnet på 1890-talet, var denne karakteristikken ei stor byrde for høgresida. Bredo Morgenstierne søkte difor gjennom rettsleg argumentasjon å framheve Noreg si stilling som ein likeverdig part i unionen. Intensjonen til Morgenstierne var å vise at eit forsvar av unionen som fordelaktig for Noreg, ikkje var mindre nasjonalt enn å krevje eit særskilt norsk

utanriksstyre.⁹³ Morgenstierne søkte å imøtegå den ”*Misforstaaelse*” at venstresida når dei argumenterer for Noreg sin rett til eit eige utanriksstyre, ”*idehele kjæmper for Norges Ret, medens vi, der er af en anden Mening, arbeider imod en Ret for vort Land*”.⁹⁴

Morgenstierne var og kongevenn, og ein tilhengar av unionen. I det politiske klimaet på 1890-talet vart høgresida i norsk politikk skulda for å være svenskvennleg, noko som ikkje var populært blant det breiare laget i folket. Det var difor viktig for Morgenstierne å vise at Noreg var ein suveren stat til trass for det unionelle sambandet med Sverige. På denne måten kunne han få fram budskapet om at Noreg var formelt likestilt med Sverige i unionen. Gjennom å påpeike at Noreg var ein suveren stat like fullt som Sverige, kunne han gjere påstandane om manglande nasjonalkjensle til skamme.

I artikkelen ”Stater og Statsforbindelser” frå 1896 gjorde Morgenstierne greie for ulike statssamband på eit generelt grunnlag.⁹⁵ I eit større perspektiv sondra Morgenstierne mellom statar, som både var usamansette og samansette, og statssamband som ikkje danna statar.⁹⁶ Den svensk-norske unionen karakteriserte han som ein realunion. Denne rekna han som eit statssamband som ikkje danna ein stat. Til denne gruppa rekna han og det såkalla statsforbundet. I denne klassifiseringa ligg det at realunionen var eit statssamband av mellomstatleg karakter, i motsetnad til forbundsstaten som hadde overnasjonale element, og dermed var ein samansett stat. Det var ikkje tilstrekkeleg for å bli rekna som eit statsforbund eller ein realunion at ”*flere Stater skaber visse faste Fællesorganer til fælles Udøvelse af enkelte Suverænitetsrettigheder*”.⁹⁷ Eit statssamband av typen statsforbund eller realunion var altså noko meir. Morgenstierne meinte at ein ”*som Minimum for Fællesskabet i ein Statsforbindelse maa kræves fælles Forsvar eller, mer almindeligt, fælles politisk Optræden ligeoverfor fremmede Magter*”.⁹⁸ Det var etter Morgenstierne sitt syn, eit absolutt vilkår for realunionen, at partane anten utgjorde eit felles rettssubjekt overfor framande makter, eller at partane hadde eit fellesskap i krig og fred. Dette var likevel berre eit minimumsvilkår, og det

⁹³ Helge Danielsen 1997 s.116.

⁹⁴ Morgenstierne i Norges Ret til fælles Udenrigsstyre, 1897 s.4.

⁹⁵ Sjå vedlegg 1.

⁹⁶ Morgenstierne TfR 1896 s.3-4. Sjå og kapittel 4.2.5.

⁹⁷ Morgenstierne TfR 1896 s.43.

⁹⁸ Morgenstierne TfR 1896 s.46.

vidare sambandet kunne variere. Av dette følgde det at verken statsforbundet eller realunionen var ein samansett stat. Bindinga mellom einskildstatane låg fullt og heilt på det *folkerettslege* planet, då statsforbundet og realunionen ”*alene udad, fra den folkeretlige Side, danner et særeget Retssubjekt, medens Staten, den sammensatte som den usammensatte, danner et saadant saavel udad, fra den folkeretlige, som indad, fra den statsretlige Side*”.⁹⁹ Når det gjaldt omfanget av det folkerettslege fellesskapet, var det ”*principielt likegyldig, naar det blot, [...] fastholdes, at Minimum af Fællesskab dannes af det i snævrere Forstand politiske Forhold til fremmede Magter*”.¹⁰⁰ Nedanfor skal vi sjå meir på Morgenstierne sitt syn på den folkerettslege representasjonen.

Den prinsipielle skilnaden mellom ei reint folkerettsleg sameining, og ei sameining også på det statsrettslege området, var i følgje Morgenstierne eit spørsmål om statsviljen. I eit statsrettsleg fellesskap ville kvar einskildstat i så fall på visse områder være underkasta ei framand statsvilje i form av eit felles overstatleg rettssubjekt. Dette var i følgje Morgenstierne ikkje i samsvar med partane sin ”*fulde Suverænitet*”.¹⁰¹ I eit slikt tilfelle ville statane miste rådvelde over delar av den interne suvereniteten. Denne var som nemnt rekna som grunnlaget for staten sine suverenitetsrettar overfor andre statar. Derimot førte eit reint folkerettsleg samband til at statane berre vart underkasta si eiga vilje gjennom ”*en fælles Udøvelse af visse Suverænitetsrettigheder*”.¹⁰² Ved ein slik felles råderett over dei felles suverenitetsrettane, var ingen av partane underlagt ei overordna vilje. Dermed var suvereniteten intakt. Med dette bygde Morgenstierne på oppfatninga om at statar kunne smelte saman i eitt rettssubjekt overfor andre statar, medan dei var særskilte rettssubjekt overfor kvarandre. Dette synet var som kjent mogleg ved å dele statssuvereniteten inn i ein intern og ein ekstern del, der det var den eksterne suvereniteten som vart overført til eit felles unionsorgan.

⁹⁹ Morgenstierne TfR 1896 s.44.

¹⁰⁰ Morgenstierne TfR 1896 s.49.

¹⁰¹ Morgenstierne TfR 1896 s.48-49. Morgenstierne nemnte forbundsstaten som døme på ei sameining av statsrettsleg karakter.

¹⁰² Sst.

Dette generelle synet på realunionen sin karakter og omfang, tok Morgenstierne med seg ved vurderinga av den svensk-norske sameininga. Morgenstierne sitt utgangspunkt var at unionen bygde på Riksakta. Dette var i følge Morgenstierne ei folkerettsleg avtale mellom Noreg og Sverige, altså mellom statane sjølve. På grunnlag av dette utelukka han at sambandet mellom Noreg og Sverige var ein personalunion, eller ”Thronforbindelse” som Morgenstierne kalla dette statssambandet. Som vi har sett ovanfor var personalunionen i folkerettslitteraturen i hovudsak rekna som eit tilfeldig statssamband der statssjefen i to eller fleire statar er ein og same person. Morgenstierne sin konklusjon var at sidan unionen mellom Noreg og Sverige bygde på traktat, kunne denne ikkje være ein personalunion.

Unionen mellom Noreg og Sverige var derimot eit organisert statssamband – ein realunion - der delar av suvereniteten til einskildstatane var overført til eit eller fleire fellesorgan. Det var på dette punktet Morgenstierne og høgresida skilte seg frå venstresida i norsk politikk og samfunnsliv. Morgenstierne var av den oppfatninga at ei sameining under ein konge, nødvendigvis kravde eit visst fellesskap i institusjonar. Det viktigaste fellesorganet var sjølvstekt kongen, og dei fleste føresegnene i Riksakta regulerte dette fellesskapet. Riksakta bestemte og at ”*Krig og Fred samt derigjennem tillige hele det rent politiske Forhold til fremmede Stater*” skulle være felles for dei sameinte rika.¹⁰³ Morgenstierne tolka her Rikstakta §4 slik at denne gjorde kongen til eit felles organ på dette området.

Konsekvensen av dette fellesskapet var at ”*de forenede Riger paa det saaledes begrænsede Omraade ligeoverfor fremmede Magter til enhver Tid maa udtale en absolut identisk Vilje, og at denne Vilje skal udtales gennem et fælles unionelt Organ, Kongen*”.¹⁰⁴ Overfor framande statar var altså Noreg og Sverige eitt rettssubjekt i politiske forhold. Fordi kongen rådde over utanrikspolitikken, måtte også utanriksstyret måtte være felles for dei sameinte rika. Dette omfatta utanriksdepartementet, som til trass for at det formelt var eit svensk statsorgan, ”*har virket som en Fællesinstitution for*

¹⁰³ Morgenstierne 1897 s.35.

¹⁰⁴ Sst.

Rigerne, et Organ for deres Fællesvilje i Forholdet udad".¹⁰⁵ At den gjeldande ordninga av utanriksdepartementet var i strid med føresetnadene for sameininga, var ikkje avgjerande for Morgenstierne. Det vesentlege var at utanriksdepartementet, etter den riktige tolkinga av Riksakta, var ein unionell fellesinstitusjon. Dette meinte han var ein føresetnad for sameininga. Derimot meinte Morgenstierne at det etter Riksakta var tvilsamt om utanriksministaren måtte være svensk. Likevel var det klart at denne var felles, av same grunn som utanriksdepartementet var felles. Det same gjaldt og den diplomatiske representasjonen, som sidan 1815 hadde hatt tittelen "svenske og norske". Når det gjaldt konsulatvesenet, meinte han at dette ikkje var eit nødvendig fellesskap etter Riksakta, men at sjølv særskilte konsulatvesen ikkje kunne være heilt uavhengige av eit felles unionelt utanriksstyre.¹⁰⁶ Dei andre fellesinstitusjonane var dei organa som hørte til kongemakta sin organisasjon. Riksakta nemnte særleg interimsgjeringa og regentskapet, og dette tolka Morgenstierne som at desse var felles unionelle institusjonar.

Som vi skal sjå nærare på nedanfor i kapittel 4.4, kvilte Morgenstierne si oppfatning av unionen sin rettslege karakter på at statssuvereniteten kunne delast i ein intern og ein ekstern del. Han understreka at sidan "*Norge og Sverige efter det forklarede ikke er underkastede nogen anden eller høiere Statsvilje, fremtræder de, folkeretligt som statsretligt, som suveræne Stater*".¹⁰⁷ Tanken var at det berre var den eksterne suvereniteten som var overført til dei felles unionelle institusjonane. Såleis var unionen berre eit rettssubjekt overfor andre statar. Overfor Noreg og Sverige var unionen "*alene et Retsforhold, saaledes at hvert Rige kun bindes af sin egen Statsvilje*".¹⁰⁸

T. H. Aschehoug

Bredo Morgenstierne var ikkje åleine i å rekne den svensk-norske sameininga som ein realunion med fellesskap i institusjonar. I følgje T. H. Aschehoug var det nettopp fordi

¹⁰⁵ Morgenstierne 1897 s.70.

¹⁰⁶ Morgenstierne 1897 s.79.

¹⁰⁷ Morgenstierne 1897 s.37.

¹⁰⁸ Sst.

fellesskapet var institusjonalisert at ein kunne rekne sameininga som ein realunion.¹⁰⁹ Aschehoug påpeikte likevel at dette fellesskapet i institusjonar var snevert, og avgrensa av sameininga sitt føremål som var ”*at betrygge begge Rigers Selvstændighed og indbyrdes Fred*”.¹¹⁰ Såleis var kongen eit felles organ mellom rika, saman med interimsgjeringa dersom kongen var umyndig. Aschehoug rekna då kongen for å være ”*Rigernes eneste fælles Statsmagt*”.¹¹¹ At Aschehoug rekna kongen som ei felles statsmakt er interessant i høve til diskusjonen rundt statssuverenitet og klassifiseringa av statssamband. Som vi skal sjå nedanfor, rekna mellom andre Bernhard Getz dette for å være eit kjenneteikn ved den overnasjonale forbundsstaten. Aschehoug uttalte på generelt grunnlag, at sidan Noreg etter Grunnlova §1 var eit sjølvstendig rike, så skulle Noreg ha ”*ikkje blot sine særskilte Statsmagter, [...] men overhovedet sine særskilte politiske Institutioner*”.¹¹² Eit fellesskap i slike institusjonar, om enn mellombels, meinte Aschehoug var i strid med Noreg sitt sjølvstende etter Grunnlova §1. Årsaka til dette var at dette var institusjonar ”*som alene Staten kan grundlægge og bestyre*”.¹¹³

Aschehoug rekna altså ikkje eit unionelt fellesskap som eit reint folkerettsleg fellesskap, slik vi har sett Morgenstjerne gjorde. Det er då nærliggjande å dra den slutninga at Aschehoug heller ikkje delte statssuvereniteten inn i ein statsrettsleg og ein folkerettsleg del, slik som Morgenstjerne bygde sitt unionssyn på. Aschehoug måtte då innrømme at det gjeldande fellesskapet med Sverige, ”*danner vel i retlig Henseende en Indskærnkning i ethvert af Rigernes Selvstændighed*”.¹¹⁴ Han var likevel raskt ute med å påpeike at ”*Fællesskabet er imidlertid holdt inden de snevreste Grændser*” og at omfanget var avgrensa til ”*kun Kongedømmet og visse Sider af Rigernes Forhold til fremmede Magter*”.¹¹⁵

¹⁰⁹ Aschehoug 1885 s.22.

¹¹⁰ Sst.

¹¹¹ Aschehoug 1891 s.145.

¹¹² Aschehoug 1891 s.139.

¹¹³ Sst.

¹¹⁴ Aschehoug 1891 s.144.

¹¹⁵ Aschehoug 1891 s.145.

Ein del av det rettslege fellesskapet mellom Noreg og Sverige var den diplomatiske representasjonen. Grunnlaget fann han både i sameininga sitt føremål, samt som ein formelt rettsleg konsekvens av at gesandtane var felles embetsmenn som og var ansvarlege etter norsk lov.¹¹⁶ I "Norges nuværende Statsforfatning" peikte han og på at ein særskilt diplomatisk representasjon for statar i ein realunion "*maa dog betragtes som en folkeretlig Umulighed*".¹¹⁷ Med dette meinte Aschehoug at fellesskapet i krig og fred, som var føremålet med sameininga, gjorde det nødvendig med ein felles diplomatisk representasjon slik at ein overfor framande makter kunne "*have og udtale en fælles Villie*".¹¹⁸ Dette var og ein konsekvens av å ha ei felles kongemakt som rådde over utanriksstyret i begge statane. Særskilt utanriksrepresentasjon under ein felles konge, var då berre mogleg i ein personalunion sidan denne ikkje var ei rettsleg binding. Derimot meinte Aschehoug at verken utanriksministaren eller utanriksdepartementet kunne reknast som felles. Grunnen til dette var at utanriksministaren var svensk embetsmann, og han leia utanriksdepartementet som var eit svensk embetsverk. Her ser vi at Aschehoug tolkar fellesskapet snevrare enn Morgenstierne gjorde.

Herman Ludvig Rydin

Og på svensk side vart den svensk-norske sameininga rekna for å være ein realunion med felles institusjonar. Hos Herman Ludvig Rydin var sameininga karakterisert som "*en lika berättigad realunion*" som bygde på "*constitutionelt monarkisk grund*".¹¹⁹ Den felles kongemakta, var som følgje av sameininga, innskrenka både gjennom sameiningsvilkåra, og gjennom dei respektive forfatningane. Kongen si rolle var "*dels så som unionskonung, dels ock såsom konung öfver hvardera af de båda rikena serskildt*".¹²⁰ Noreg og Sverige sitt sjølvstende var difor avgrensa av unionsføremålet.

Ein vesentleg føresetnad for sameininga var fellesskap i krig og fred. I følgje Rydin, var det kongen som unionskonge, med heimel i Riksakta §4, som hadde kompetanse til å gå

¹¹⁶ Aschehoug 1885 s.23.

¹¹⁷ Aschehoug 1891 s.167.

¹¹⁸ Sst.

¹¹⁹ Rydin 1863 s.276.

¹²⁰ Rydin 1863 s.313.

til krig eller slutte fred. Som vi skal sjå nedanfor, meinte Rydin at eit fellesskap i krig og fred, nødvendigvis måtte føre til eit absolutt fellesskap overfor andre makter. Følgjeleg kravde dette eit felles utanriksstyre, og dermed felles institusjonar ut over kongemakta. Likevel var Rydin påpasseleg med å understreke at sameininga ”*ej är en helstatsunion*” der unionsmakta fortrengte einskildstatane sin ”*erskilda statssouveränitet*”.¹²¹ Noreg og Sverige sin individuelle suverenitet var berre avgrensa av sameiningsvilkåra, og dermed var begge å rekne som suverene statar også i sameininga.

4.2.2 Unionen er ein realunion som ikkje opprettar felles institusjonar

Bernhard Getz

Som Morgenstierne tok Bernhard Getz utgangspunkt i Riksakta då han skulle gjere greie for unionen sin rettslege karakter i artikkelen ”Retsforholdet mellom Norge og Sverige”.¹²² Spørsmålet for Getz var om Riksakta, som ei folkerettsleg avtale, fekk følgjer ut over den reint folkerettslege bindinga. Dette var eit spørsmål om sameininga mellom Noreg og Sverige også var av statsrettsleg karakter ut over den folkerettslege bindinga.

For å svare på dette spørsmålet gjekk Getz til rettsgrunnlaget for den norske og den svenske statsmakta, nemleg til dei respektive forfatningane. Dersom unionen mellom Noreg og Sverige skulle ha skapt ei ny unionell statsmakt som låg over eller mellom dei respektive statsmaktene, ville dette ha vore ”*ubestridelig et indgreb i landenes konstitutionelle ret, der alene kan ske gennem grundlovsforandring*”.¹²³ Getz sitt poeng var, om enn implisitt, at ei folkerettsleg traktat som hovudregel ikkje har direkte verknad i nasjonal rett, og dermed i statsretten. Dette var hovudregelen i svensk og

¹²¹ Sst.

¹²² Getz 1903. Bernhard Getz var Riksadvokat, og døydd i 1902. Francis Hagerup publiserte denne og fleire andre av Getz sine manuskript i 1903 under tittelen ”Juridiske afhandlinger”. Getz sitt standpunkt i synet på unionen er noko oppsiktsvekkande sidan han var medlem av Høire.

¹²³ Getz 1903 s.683.

norsk rett, som begge følgde den dualistiske doktrinen på dette punktet.¹²⁴ Om sameininga gjennom Riksakta skulle få statsrettslege følgjer ut over eit reint personfellesskap i kongen, kravde dette ei endring i konstitusjonen.

Getz drøfta ikkje den norske grunnlova, då denne vart endra i november 1814 som følgje av sameininga. Såleis sa §1 at Noreg var ”*forenet med Sverige under een Konge*”. I Sverige vart derimot forfatninga ståande urørt ut over dei strengt nødvendige modifikasjonane som følgje av personfellesskap i kongen. I følgje Getz var den svenske Riksdagen av 1815 si haldning at alle forfatningsendringar, som var ei nødvendig følgje av sameininga, var i samsvar med forfatninga. Ein meinte at det i forfatninga låg eit stillteiane samtykke til slike endringar. Synspunktet til Riksdagen var i følgje Getz at den svenske forfatninga tredde mellombels ut av kraft på dei punkta sameininga nødvendigvis kravde endringar. Såleis kravde ikkje sameininga større formelle endringar i den svenske forfatninga. Getz peikte på at den svenske forfatninga av 1809 ikkje hadde noko skranke mot at den svenske kongen og kunne være konge i eit anna rike. Altså var det ikkje forfatningsstridig om Sverige vart knytt saman med ein annan stat gjennom ein personalunion. Ein slik union førte ikkje med seg noko statsfellesskap.

Derimot bestemte Riksakta mellom anna eit fellesskap i krig og fred og eit fellesskap overfor utlandet. Eit slikt fellesskap kunne tale for at det vart danna eit statsrettsleg fellesskap mellom Noreg og Sverige. Ei slik løysing kan ikkje ha framstått som framand i 1814, då sameininga mellom Austerrike og Ungarn til dels hadde ein statsrettsleg karakter. Ei sameining av dette omfanget var likevel noko meir enn strengt nødvendige følgjer av sameininga, noko den svenske forfatninga, etter Getz si meining, ikkje opna for slik den var i 1814. Følgjeleg kravde eit slikt fellesskap visse endringar i den svenske forfatninga. Noko slik endring skjedde ikkje, til trass for at den svenske regjeringa i 1815 innstilte overfor Riksdagen at den svenske forfatninga måtte endrast på same måte som den norske. På bakgrunn av dette konkluderte Getz med at ”*foreningen ikke er af statsretlig, men alene af folkeretlig art*”. Som følgje av dei

¹²⁴ Aschehoug 1892 s.519: ”*En Tractat [...] danner ingen Bestanddel af dets indre Retsforfatning. Den indeholder nemlig kun Løfter til den fremmede Magt, med hvem den er afsluttet, ikkje Befalingar til Landets underordnede Autoriteter og Borgere*”.

manglande forfatningsendringane i Sverige, meinte Getz det umogeleg kunne ha oppstått eit statsrettsleg fellesskap mellom partane i unionen. Såleis vart sameininga ståande ved dei folkerettslege bindingane i Riksakta, og ikkje noko meir.

Unionen sin rettslege karakter vart då ”*en politisk forening mellem tvende selvstændige stater, der begge under foreningen skal bevare sin fuldstændige, særskilte konstitution, saaledes at de i samme øieblik, som foreningen maatte opløses, opretholdes i den skik, de som særskilte stater besidder*”.¹²⁵ Sidan sameininga var mellom to sjølvstendige riker, meinte Getz at unionen ikkje skapte noko ny institusjon. Reglane i Riksakta var som følgje av dette ”*alene regler for samarbeide mellem landenes allerede bestaaende grundlovmæssige, særskilte institutioner*”. Getz avviste med dette tanken om ein felles unionskonge og det samansette statsrådet som eit unionelt statsråd. Slike institusjonar kunne ikkje skapast utan endringar i konstitusjonen. Følgjeleg var kongen norsk konge og svensk konge på same tid, men som to ulike rettssubjekt. Statsrådet var på same måte eit norsk og eit svensk statsråd. Sameininga førte nødvendigvis til eit visst fellesskap på det politiske plan. Reglane i Riksakta regulerte dei tilfella der kongen i samsvar med unionsføremålet opptredde både som svensk og norsk konge, og der det svenske og det norske statsrådet opptredde saman.

Getz måtte likevel erkjenne at Noreg og Sverige sin utanrikspolitikk reint faktisk vart behandla i det svenske ministrielle statsrådet, av den svenske utanriksministaren, og administrert av det svenske utanriksdepartementet. Her viste Getz til den norske høgresida si oppfatning om at den gjeldande ordninga kvilte på ei tolking av Riksakta, og at det svenske utanriksstyret difor også var norsk.¹²⁶ Dette, meinte Getz, var ikkje i samsvar med Noreg sin handlemåte sidan 1814, som klart viste at den norske staten rekna den eksisterande ordninga i strid med føresetnadene for sameininga.¹²⁷ Den riktige tolkinga av den faktiske ordninga av utanriksstyret, meinte Getz var i samsvar

¹²⁵ Getz 1903 s.683. Dette er Getz sitt sitat av instillingane som låg til grunn for Riksdagen si avgjerdsle i samband med ei eventuell forfatningsendring som følgje av sameininga.

¹²⁶ Sjå Morgenstjerne 1897 s.71.

¹²⁷ Getz 1903 s.704. Getz viste mellom anna til Kgl. res. av 1835 om samansetninga i ministrielt statsråd. Denne oppfatninga kom fram i artikkelen ”Om udenrigsstyret” frå same bok. Hagerup skriv i førordet at den truleg er skriven i høve til Getz si deltaking i den tredje unionskomité.

med det prinsipielle synet han hadde på unionen sin rettslege karakter: ”*Den i Norges grundlov kongen givne frihed til at besørge de norske udenrigsanliggender, som han selv bedst synes, er vistnok givet ham for at aabne adgang til gennemførelsen af det fællesskab, som rigernes forening og den derved skabte solidaritet udad gjør ønskelig eller endog paakrævet, men udenrigsstyret henhører da dog ikke juridisk til rigernes fællesanliggender; den svenske udenrigsministers besørgelse af de norske anliggender er, retslig seet, intet udtryk for et supremati, men en akt af Norges egen suverænitet*”.¹²⁸

Fordi sameininga ikkje førte med seg noko fellesskap i statsorgan, stod altså den norske kongen fritt til å organisere utanriksstyret som han ville. Denne tolkinga av den gjeldande ordninga meinte Getz å ha støtte for også i framand statsrettslitteratur, og viste til at ein i Austerrike og Ungarn hadde ei tilsvarende ordning fram til 1867, då desse fekk ein felles utanriksminister.

Ei vanleg innvending frå konservativt svensk hald, var at unionen var eit statsrettsleg samband for Noreg på grunn av føresegna i Riksakta §12. Denne bestemte at dei føresegnene i Riksakta som heilt eller delvis stamma frå den norske grunnlova, skulle ”*i Henseende til Norge, have og beholde den samme Kraft, som dette Riges Grundlov, og ikke kunne forandres uden paa den i sammes § 112 foreskrevne Maade*”.¹²⁹ Difor meinte dei, at sidan riksakteføresegnene hadde grunnlovs rang, og ikkje kunne endrast frå norsk side utan etter Grunnlova §112, så måtte Noreg være bunden til Sverige ut over det reint folkerettslege. Ei forlenging av dette resonnementet opnar mellom anna for å tolke Riksakta slik at Noreg har overlate utanriksstyret til Sverige. Til dette påpeikte Getz at ”*foreningens retlige natur kan ikke være en i Sverige og en anden i Norge. Det, som for Sverige alene er en folkeretlig traktat med Norge, kan ikke for Norge være en statretlig forbindelse med Sverige*”.¹³⁰ I dette har han utvilsamt rett, då Riksakta som nemnt ikkje får direkte verknad i norsk nasjonal rett. Som vi har sett ovanfor, er det viktig å halde rettsgrunnlaget for dei ulike følgjene frå kvarandre. Om Noreg vedtok føresegner i den norske grunnlova, kunne ikkje dette få direkte følgjer for Sverige. Som vi har nemnt tidlegare, hindrar jo det folkerettslege suverenitetsprinsippet

¹²⁸ Getz 1903 s.718-719.

¹²⁹ Getz 1903 s.687.

¹³⁰ Getz 1903 s.687.

at rettsreglar i ein stat får verknad i ein annan stat. For at dette skal skje, krev det ei konkret avtale mellom statane. Riksakta var ikkje ei slik avtale. Getz kallar Riksakta §12 for ”*et fra begge sider vedtaget kontraktstilkaar*”, noko den nødvendigvis må være i og med den er ein del av ei tosidig avtale mellom to statar.

Om vi held Getz si drøfting opp mot Bredo Morgenstierne og Aschehoug, ser vi ein meiningsskilnad på fleire plan. Det mest påfallande er dei ulike oppfatningane om omfanget av fellesskapet. Der Morgenstierne og Aschehoug understreka sameininga sin institusjonelle karakter, var Getz av den oppfatninga at sameininga var karakterisert ved fråværet av eit institusjonelt fellesskap. Det var difor ingen rettslege hindringar i vegen for eit særskilt norsk utanriksstyre. Meiningsskilnaden hadde sine røter i det meir grunnleggjande spørsmålet om statssuvereniteten sine følgjer for rettslege bindingar mellom statar. Dette spørsmålet skal vi sjå nærare på nedanfor i kapittel 4.4.

Nikolaus Gjelsvik

I artikkelserien ”Norges Ret til eget Utenrigsstyre” frå 1897, gjekk venstremannen Nikolaus Gjelsvik i mot det høgredominerte rettsvitskapsmiljøet ved Universitetet i Oslo.¹³¹ Gjennom sju artiklar bygde Gjelsvik eit rettsleg fundament for venstresida sitt krav om eit særskilt norsk utanriksstyre. Artikkane hadde form som ei bokmelding av L.M.B. Aubert sitt verk ”Norges folkerettslige Stilling”, men dei gir uttrykk for ei meir kritisk haldning til Morgenstierne og Aschehoug sine drøftingar om same emne, enn Aubert si bok.

Spørsmålet Gjelsvik stilte seg, var det same som Aubert stilte i si bok: ”*hvorvidt har Norge Ret til at oprette eget Udenrigsstyre uden efter Overenskomst med Sverige*”.¹³² For å svare på dette spørsmålet måtte han ta stilling til Noreg si rettslege stilling etter folkeretten, og meir indirekte vurdere sameininga sin rettslege karakter og omfang. Gjelsvik avviste umiddelbart Morgenstierne og Aubert si oppfatning om at ein felles konge og sameiningsvilkåra sitt krav om fellesskap i krig og fred, nødvendigvis førte til

¹³¹ I 1897 var Gjelsvik dosent i rettsvitskap. Han vart seinare professor ved UiO.

¹³² Gjelsvik 1897.

at Noreg og Sverige var eitt rettssubjekt overfor framande makter.¹³³ ”Derimod maa man ræsonnere saa: For at en Union skal danne et internationalt Retssubjekt, er det efter Folkeretten nødvendig, at den er organiseret udad som en Enhed”.¹³⁴ Ei slik organisering kunne skje på to måtar meinte Gjelsvik. Anten kunne dei sameinte statane forplikte seg til å ha eitt og same utanriksstyre, eller så kunne den eine parten forplikte seg til å nytte den andre parten sitt utanriksstyre. Noko krav etter folkeretten om ei slik organisering, meinte han ikkje var til stades.¹³⁵ Derimot hadde Noreg, før sameininga med Sverige, ”en uomtvistelig Ret til eget Udenrigsstyre”, og at dette var ”historisk, retslig og naturlig det grundlæggende Udgangspunkt for de norske Statsmagters Competence, ikkje blot indad, men ogsaa udad”.¹³⁶ Såleis meinte Gjelsvik at det var unntak frå dette utgangspunktet som kravde ”positiv Hjemmel i Unionsdokumenterne”.¹³⁷

Frå dette utgangspunktet tok Gjelsvik så stilling til den norske høgresida si etablerte rettsoppfatning om felles utanriksstyre som ein nødvendig konsekvens av felles konge og fellesskap i krig og fred. Like lite som Noreg ved Riksakta hadde fråskrive seg retten til eit eige utanriksstyre, meinte Gjelsvik at Riksakta heller ikkje kunne tolkast slik at den gjorde unntak frå utgangspunktet: Noreg sin rett til eit eige utanriksstyre, i kraft av sin suverenitet. Om Riksakta sine føresegner i så fall var uklare i spørsmålet om organiseringa av utanriksstyret, så måtte ein leggje til grunn det vi i dag omtalar som det restriktive tolkingsprinsippet i folkeretten. Etter dette skulle ein leggje til grunn den tolkinga ”der minst indskrænker deres Selvbestemmelsesret”.¹³⁸ Den gjeldande ordninga av utanriksstyret såg Gjelsvik på som eit utslag av kongen sin kompetanse, etter både

¹³³ Gjelsvik tok avstand frå den svenske oppfatninga (den såkalla Alinske skulen) om Kieltraktata som det rettslege grunnlaget for sameininga, og karakteriserte dette synet som ”aldeles absurd”.

¹³⁴ Sst.

¹³⁵ Det meinte derimot Aubert, sjå s.199-200.

¹³⁶ Gjelsvik 1897.

¹³⁷ Sst.

¹³⁸ Gjelsvik 1897. Gjelsvik viste her til den latinske formelen ”Semper in obscuris quod minimum est sequimur”. Sjå og Ruud, Ulfstein 1998 s.68.

den svenske og den norske grunnlova, til å ”*stelle med de diplomatiske Sager paa den Maade, han finder tjeneligt*”.¹³⁹

Etter dette kunne Gjelsvik konkludere med at ”*den siges at være rigtig den Karakteristikk, som gives af Unionen i Rigsaktens Intimation: En Forening under en Konge, indgaaet til Værn om de fælles Troner*”.¹⁴⁰ Fellesskapet var altså kongen, og ikkje noko meir. Dette standpunktet kom Gjelsvik til ved å ta utgangspunkt i at Noreg hadde full statssuverenitet. Om ein skulle gjere unntak frå dette utgangspunktet, kravde det heimel i rettsgrunnlaget for sameininga.

Som vi ser, var Gjelsvik si vurdering av sameininga sin rettslege karakter, stort sett samanfallande med Getz si vurdering. Som vi skal sjå nedanfor, var nok sistnemnde noko meir klar når det gjaldt det prinsipielle synet på statssamskipnadar generelt. Dette skuldast nok at Getz skreiv ei frittståande framstilling, medan Gjelsvik sine artiklar var ei kritisk vurdering av andre juristar sine etablerte unionssyn. Såleis var Gjelsvik i større grad bunden av systematikken og framgangsmåten i dei tidlegare framstillingane, då han prøvde å tilbakevise desse.¹⁴¹

Sigurd Ibsen og suverenitet – med faren sine ord: ”fullt og helt, ikke stykkevis og delt”
Ein sentral, om enn noko kontroversiell, aktør på den norske venstresida var Sigurd Ibsen. Han var son av forfattaren Henrik Ibsen, og gjorde ei framgangsrik karriere i det svensk-norske utanriksstyret i tillegg til å være redaktør for tidsskrifta ”Nyt Tidsskrift” og ”Ringeren”.¹⁴² I tillegg til dette var han ein aktiv debattant gjennom artiklar i avisene.

Sigurd Ibsen vart i 1882 dr. juris i Italia, og ein må difor gå ut i frå at han var godt kjend med den samtidige folkeretten. Utgangspunktet for Ibsen sitt unionssyn var boka

¹³⁹ Gjelsvik 1897.

¹⁴⁰ Sst.

¹⁴¹ I tillegg til Aubert si bok, retta Gjelsvik kritikk mot Morgenstierne, Aschehoug og den norske høgresida, så vel som mot Oscar Alin og den læra han etablerte i 1889.

¹⁴² Omang s.55 flg.

”Unionen” frå 1891. Dette var ikkje eit utprega rettsvitskapleg verk, sjølv om argumentasjonen i stor grad er rettsleg. Det riktige er nok å rekne det som eit forsøk på folkeopplysning.

Utgangspunktet for Ibsen sitt unionssyn var at Noreg og Sverige var jamstilte i unionen. Dette meinte han var ein føresetnad då unionen vart til. Til trass for den svenske motviljen mot å akseptere dette utgangspunktet, viste Ibsen til at dette var akseptert frå offisielt svensk hald.¹⁴³ Dette utgangspunktet var då heller ikkje eit særleg radikalt utgangspunkt, sett i frå norsk side. Og den norske høgresida rekna Noreg som likeverdig i høve til Sverige. Skilnaden mellom Ibsen – som vi trygt kan plassere på venstresida i norsk politikk på dette tidspunktet – og høgresida, låg derimot på eit anna plan. Visst var Noreg jamstilt med Sverige i unionen, men kva var eigentleg Noreg sin plass i unionen og i folkerettssamfunnet? Dette var eit spørsmål om suverenitet og kva suverenitet førte med seg i høve til Noreg si rettsstilling overfor Sverige og andre statar. For å svare på dette spørsmålet måtte Ibsen og ta stilling til mellom anna unionen sin rettslege karakter.

Den norske politiske høgresida rekna Noreg som ein suveren stat, også i unionen med Sverige. Noreg var best tent med, meinte dei, å halde på det unionelle samkvemmet med Sverige, men som ein reelt jamstilt partner. Dette standpunktet var bygd på oppfatninga av kongemakta som ein unionell fellesinstitusjon. Sidan kongemakta styrte begge statane sine interesser overfor utlandet, var det ikkje nokon formelle forbod mot reell norsk likestilling på dette området. I motsetnad til Morgenstjerne og høgresida såg ikkje Ibsen på kongemakta som ein fellesinstitusjon mellom Noreg og Sverige. Kongemakta kunne aldri, sa Ibsen, være ”*en fullstendig legemliggjørelse af den unionelle idé.*”¹⁴⁴ Til dette måtte det etter Ibsen sitt syn iallfall eit folkevald organ til, og viste til ”*nutidens forfatningsmæssige begreper*”.¹⁴⁵

¹⁴³ Ibsen s.173 viser til eit sitat frå den svenske statsministeren der han erkjenner Noreg si jamstilling med Sverige.

¹⁴⁴ Ibsen s.90.

¹⁴⁵ Sst. Utan at han seier det eksplisitt, er det truleg forbundsstaten Ibsen tenkte på.

Som vi har sett ovanfor, tok Morgenstierne utgangspunkt i rettsgrunnlaget for unionen, og definerte unionen ut i frå dette. Ibsen byrja derimot med dei meir formelle rettslege trekka ved ein statssamskipnad, for så å vurdere den svensk-norske unionen mot denne. Ein *union* er, sa Ibsen, ”*en statsretslig sammenslutning af politiske samfund*”.¹⁴⁶ Ei slik samanslutning kjem til uttrykk ved ”*forfatningsmæssige fællesindretninger*”. Desse fellesinstitusjonane får så overdratt større eller mindre delar av statane sin handlefridom. Fellesinstitusjonane fekk altså overdratt visse delar av partane sin suverenitet. Noko slikt institusjonelt fellesskap var derimot ikkje oppretta mellom Noreg og Sverige. Ibsen rekna unionen utelukkande som eit forsvarssamband som bygde på prinsippet om yting og motyting. Ein slik union krev berre eit minimum av fellesinstitusjonar. Det statsrettslege fellesskapet var her redusert til at ”*kongemyndigheden i begge riger udøves af en og samme person*”.¹⁴⁷ Unionen var difor berre eit personelt fellesskap, og ikkje eit fellesskap i statsorgan. Om unionen skulle ha vore noko meir, kravde dette eit tettare institusjonelt fellesskap enn kongemakta. Ibsen meinte då det var meir korrekt å omtale sameininga som ”*et forbund end som en forening i egentlig forstand*”.¹⁴⁸ Det var heller ikkje behov for eit nærare fellesskap når unionen berre var eit forsvarssamband.

Dette forsvarssambandet var tufta på prinsippet om likskap mellom partane, men i praksis var ikkje dette følgd opp av partane. Dette var i følge Ibsen ei kjennsgjerning, men ikkje noko rettsleg stadfesta forhold. Følgjeleg var den praktiske gjennomføringa av mellom anna utanriksstyret i strid med unionen sitt føremål. Ibsen bygde dette standpunktet på det rettslege utgangspunktet: Noreg sin uinnskrenka statssuverenitet. Etter dette utgangspunktet skulle Noreg ha eit særskilt utanriksstyre. For Ibsen måtte utgangspunktet framleis være gjeldande, ”*da Norge verken i grundlov eller i rigsakt har fraskrevet sig en tøddel af sin suverænitet*”.¹⁴⁹ Ser vi Ibsen i høve til Bernhard Getz, er det til trass for ein noko ulik framgangsmåte i sjølve drøftinga, klare likskapar i resultatet og i det grunnleggjande synet på unionen sin rettslege karakter.

¹⁴⁶ Ibsen s.57.

¹⁴⁷ Ibsen 1891 s.90.

¹⁴⁸ Ibsen 1891 s.90.

¹⁴⁹ Ibsen 1891 s.92.

For Ibsen var den gjeldande ordninga av utanriksstyret ”*en abnormitet*”, då ein stat som vert representert av ein framand utanriksminister ”*ansees vanlig som et bevis paa, at det ikke er naaet frem til ubetinget suverænitet*”.¹⁵⁰ Ibsen peikte her på at ”*afhængige, halvciviliserede stater*” som Egypt og Bulgaria, og visse statar i eit statsforbund, hadde eigne utanriksministrar og diplomatisk representasjon.¹⁵¹ Ved å vise til dei halv-suverene avhengige statane, kunne han vise at intern suverenitet ikkje var tilstrekkeleg for å bli rekna som ein ”*fuldt ut suveræne stat*”.¹⁵² Til dette kravde ein noko meir, nemleg ”*egne organer til at varetage sine udenrigske interesser*”.¹⁵³ Fordi Noreg var ein slik fullt ut suveren stat, meinte Ibsen at det ikkje var nokon konstitusjonelle eller folkerettslege hinder for at ein oppretta eit særskilt norsk utanriksdepartement med ein norsk utanriksminister. Denne retten kunne berre Noreg ha gitt frå seg i Riksakta, og det meinte Ibsen ikkje var tilfelle.

Ser vi Ibsen si drøfting i høve til Jellinek si lære, er det umiddelbart klart at dei er samde i resultatet av denne drøftinga. Meir interessant er det likevel at Ibsen gir uttrykk for at ein kvar suveren stat skal ha eigne organ for utanriksstyret. Dette er til ei viss grad samanfallande med Jellinek sitt krav om at partane i ein realunion må halde statsmaktene strengt åtskilde. Det er grunn til å tru at Ibsen, på bakgrunn av si utdanning og sitt virke som diplomat og i utanriksdepartementet, kjende til Jellinek sitt verk. Ein kan difor tolke Ibsen dit at også han la til grunn det absolutte suverenitetsomgrepet som Jellinek forfekta i ”*Die Lehre von den Staatenverbindungen*”.

4.2.3 Unionen er eit statsforbund

Som vi har sett, vart den svensk-norske sameininga oppfatta som ein realunion av fleirtalet av dei leiande folkerettsforfattarane. Den same oppfatninga gjorde seg gjeldande i norsk og svensk rettsteori. Ei noko annleis rettsoppfatning kom den svenske historikaren Nils Höjer med i 1885 gjennom verket ”*Statsförbundet mellan Sverige och*

¹⁵⁰ Ibsen 1891 s.128.

¹⁵¹ Sst. Bulgaria og Egypt var ein del av det Ottomanske riket, som av Jellinek vart definert som ein ”*Staatenstat*”. Dette var eit meir indirekte styre over andre statar. Sjå Jellinek 1882 s.137-158.

¹⁵² Sst.

¹⁵³ Ibsen 1891 s.129.

Norge”.¹⁵⁴ Höjer si framstilling er såleis eigna til å illustrere dei mange oppfatningane rundt unionen sin karakter og omfang.

Som tittelen peikar på, definerte Höjer den svensk-norske sameininga som eit statsforbund. Derimot var han klar over at dei fleste juristar, skandinaviske så vel som internasjonale, såg på den svensk-norske sameininga som ein realunion. Höjer meinte at dette omgrepet var ueigna som ein karakteristikk av den svensk-norske sameininga, då det herska vidt ulike meiningar om innhaldet i omgrepet. Språkleg sett, meinte Höjer, var ein realunion eit fellesskap i interesser og institusjonar. Ut i frå denne definisjonen var ikkje realunionen som omgrep passande for å skildre realiteten i den svensk-norske sameininga; denne var ”*något vida mera och viktigare*”.¹⁵⁵

Det svensk-norske statsforbundet var slik Höjer forstod det, særmerkt ved ”*gemensamhet utåt med fullständigt bevarad oafhängighet i alla inre förhållanden*”.¹⁵⁶ Som grunnlag for dette viste han til Jellinek sin definisjon av statsforbundet som eit varig fellesskap med felles organ for å ivareta føremålet om felles forsvar av partane.¹⁵⁷ I eit slikt statsforbund var statane suverene, og hadde mellom anna særskilt diplomatisk representasjon. I Höjer sitt statsforbund var den norske og den svenske kongen to ulike rettssubjekt. Kongen sin kompetanse som felles konge var, i følgje Höjer, avgrensa til felles saker. Utanfor desse felles sakene, kunne Noreg og Sverige fritt inngå traktatar med andre statar. Kongen si rolle i sameininga var etter dette svært beskjeden. Helst skulle han ”*träda personligen tillbaka så mycket som möjligt och ofrerenskommelse träffas mellan de respektiva statsråden under konungens ordförarskap*”.¹⁵⁸ Höjer si framstilling legg vekt på minst mogleg fellesskap mellom Noreg og Sverige. Kongen sin formelle posisjon var då ”*ett organ för alla gemensamma intressen*”.¹⁵⁹ Eit felles

¹⁵⁴ Svenskt biografiskt handlexikon s.537. Det er her grunn til å merke seg at Höjer si bok kom ut før den nedanfor omtalte svenske forfatningsendringa i 1885.

¹⁵⁵ Höjer 1885 s.172.

¹⁵⁶ Sst.

¹⁵⁷ Jellinek 1882 s.172 flg. omtalar statsforbundet. Realunionen omtalar han på s.211 flg.

¹⁵⁸ Höjer 1885 s.173.

¹⁵⁹ Sst.

mellomstatleg organ var og eit kjenneteikn ved statsforbundet etter den internasjonale folkerettsteorien.

Det er likevel ikkje til å komme unna, at Höjer sin karakteristikk av den svensk-norske sameininga, ikkje er eit statsforbund, men ein realunion. Höjer prøvde å komme rundt dette ved å presisere at eit statsforbund mellom to monarkiske statar nødvendigvis måtte gjerast i form av eit personfellesskap i kongen. Sidan han bygde på Jellinek sin definisjon av statsforbundet, burde Höjer ha vore klar over at Jellinek rekna realunionen som ein variant av statsforbundet. Hovudskilnaden mellom ein realunion og eit statsforbund var nettopp at den fyrstnemnde var eit personfellesskap i statssjefen, medan statsforbundet hadde eit permanent fellesorgan. I realunionen var kongen ofte sett på som eit felles statsorgan, medan fellesorganet i statsforbundet ikkje var knytt til statsmakta. I statsforbundet kunne difor ikkje fellesorganet utan vidare handle for medlemsstatane under eitt, men bygde på særskilte vedtak frå medlemsstatane. Såleis var realunionen eit noko tettare statssamband enn statsforbundet, då kongen kunne handle sjølvstendig og under eitt for alle medlemsstatane i kraft av sin kompetanse som regjeringssjef. Det kan sjå ut som om Höjer ville unngå at den svensk-norske sameininga vart karakterisert som eit fellesskap i statsinstitusjonar. Såleis var då statsforbundet ”*etter sin språkliga bildning uttrycker föreningens innersta grundtanke, som just utgör gemensamhet utåt med fullständigt bevarad oafhängighet i alla inre förhållanden*”.¹⁶⁰

Når Höjer på bakgrunn av dette definerer sameininga som eit statsforbund, skuldast det etter mitt skjønn ei feilaktig oppfatning av verknaden av dei folkerettslege klassifikasjonane av statssamskipnader. Det kan sjå ut som om det for Höjer var folkerettsteorien som var avgjerande for dei rettslege følgjene av ein statssamskipnad. Å definere sameininga som ein realunion var då ”*att ur ett ord, som riksakten icke sanktionerat och som eger en så omtvistad betydelse i den allmänna statsrätten, vilja draga några slutsatser med hänsyn till konungamaktens befogenhet i de respektiva rikena*”.¹⁶¹ I så fall ville han ikkje leggje vekt på dei tyske folkerettsteoretikarane; det

¹⁶⁰ Höjer 1885 s.172.

¹⁶¹ Höjer 1885 s.173.

ville ha ”*vore att forlägga afgörandet af nordiska rättstvister till den tyska katedern*”.¹⁶² Höjer misforstod såleis rettsteorien si rolle og verknad, i det han såg på den som normerande, medan den i realiteten var deskriptiv. At folkerettsteorien faktisk vart tillagt stor vekt i rettsspørsmål mellom statar er så, men det endrar ikkje på teorien si stilling som rettskjelde. I den sterkt positivistiske perioden på slutten av 1800-talet, var det berre to rettskjelder i folkeretten: traktatar og folkerettsleg sedvane. Ei anna sak er at folkerettsteorien kunne vise til dei rettslege verknadene av til dømes ei felles kongemakt. I så fall var ikkje klassifiseringa av eit statssamband avgjerande, men derimot grunnlaget for denne klassifiseringa. Dette var eit meir prinsipielt spørsmål, som for realunionen sitt vedkomande hadde sine røter i statssuvereniteten. Denne problemstillinga er etter sin karakter av teoretisk art, og såleis kunne teorien spele ei rolle ved løysinga av ein rettstvist.

4.2.4 Noreg er ein halv-suveren stat under Sverige

Ovanfor har vi sett at norske juristar som Bernhard Getz og Sigurd Ibsen, på til dels ulikt grunnlag, hevda Noreg sin suverenitet og likestilling overfor Sverige. Vi har og sett at unionsvennlege juristar som Bredo Morgenstjerne rekna den svensk-norske sameininga bygd på jamstillingsprinsippet. Frå svensk side vart det av visse juristar hevda eit motsett utgangspunkt, nemleg at sameininga bygde på Sverige sitt overherredømme over Noreg i ytre forhold. Denne læra vart i stor grad formulert av Oscar Alin i 1889 med verket ”Den svensk-norska unionen”. Ein av dei fremste eksponentane av Alin si lære var C. A. Reuterskiöld.¹⁶³

I følgje Reuterskiöld låg det tre prinsipp til grunn for den svensk-norske sameininga. Det fyrste av desse var det såkalla einskapsprinsippet. Dette prinsippet bygde han på Oscar Alin si lære om Kieltraktaten som det rettslege grunnlaget for sameininga.¹⁶⁴ Reuterskiöld meinte at Noreg, til trass for ordlyden i §1 i Grunnlova og Riksakta, ikkje var ein uavhengig stat. Eit sentralt poeng ved Kieltraktaten som rettsgrunnlag, var at

¹⁶² Sst.

¹⁶³ Reuterskiöld var professor i rettsvitskap.

¹⁶⁴ Sjå Alin, ”Den svensk-norska unionen” frå 1889. Sjå og kapittel 5.

Noreg var sameint med Sverige til ”en internationelt hänseende enhetlig statsbildning”.¹⁶⁵ Unionen var då ikkje, slik norske juristar og politikarar meinte, bygd på jamstillingsprinsippet. Derimot var den bygd på det Reuterskiöld omtalte som einskapsprinsippet, og som han formulerte slik: ”*Historiskt til följld af Kieles traktaten, statsrättsligt på grund af ett bestående, af makterna erkändt och därigenom internationelt rättsligt, faktiskt förhållande skola Sverige og Norge med afseende på utlandet bilda en enda stat, en enda makt under gemensamt öfverhufvud, Sveriges lagliga öfverhet, som alltså inför Europa ansvarar för detta förhållandes fortvaro*”.¹⁶⁶

Den rettslege konsekvensen av einskapsprinsippet slik Reuterskiöld formulerte det, var at Sverige var åleine folkerettssubjekt, også på vegne av Noreg. Sverige rådde då over heile den eksterne suvereniteten til Noreg. I så fall var ikkje Noreg ein uavhengig stat, men derimot avhengig av Sverige. Følgjeleg kunne ein heller ikkje karakterisere Noreg som ein fullt ut suveren stat, då den eksterne suvereniteten fullt ut låg til Sverige. Etter Reuterskiöld sitt syn, var Noreg redusert til ein halv-suveren stat, med Sverige som den dominerande staten. Det var likevel berre den ytre suvereniteten Sverige rådde over, i indre forhold var Noreg eit sjølvstendig rettssubjekt. Noreg var altså ”en ’fri och själfständig’ stat inom unionen och i förhållande til den enda makten Sverige, men icke utom unionen, icke i Europa, icke i förhållande til någon som helst annan makt”.¹⁶⁷

Det at Noreg var ein sjølvstendig stat i indre forhold, gjaldt i følgje Reuterskiöld også overfor Sverige. Jamstillingsprinsippet, som vart hevda av både den norske høgresida og venstresida, gjaldt i følgje Reuterskiöld fullt ut i det indre forholdet mellom Noreg og Sverige. Derimot var det av same grunn som einskapsprinsippet, ikkje jamstilling i dei såkalla unionelle sakene. Fordi Reuterskiöld rekna Kieltraktaten som det rettslege grunnlaget for sameininga, måtte Riksakta tolkast i lys av denne. Dette var det andre av dei tre prinsippa som låg til grunn for sameininga. Reuterskiöld omtalte dette som koordinasjonsprinsippet, og formulerte det slik: ”*På grund af de 1814 och 15 ingångna öfverenskommelserna, Norges grundlov och riksakten, skola de under en konung*

¹⁶⁵ Reuterskiöld 1893 s.10.

¹⁶⁶ Sst.

¹⁶⁷ Reuterskiöld 1893 s.11.

*förenade rikena Sverige och Noreg i förhållande til hvarandra och med afseende på alla inre angelägenheter utgöra två, af hvarandra oberoende, fria och själfständiga stater, styrda hvar efter sina regeringslagar och specifika interessen, och således vara med hvarandra fullt sidoordnade i ett skandivaniskt statssystem”.*¹⁶⁸

Poenget til Reuterskiöld var altså at i alle forhold som ikkje etter einskapsprinsippet låg til Sverige, rådde det jamstilling mellom Noreg og Sverige. Dette andre prinsippet koordinerte altså tilhøvet mellom dei rettane som etter Kieltraktaten låg til Sverige, nemleg representasjonen overfor utlandet, og det vidare samkvemmet mellom dei sameinte rika, som bygde på prinsippet om fullstendig likskap på dette området. I indre forhold var det ikkje noko felles statsskipnad; både Noreg og Sverige var internt suverene. For Noreg sin del, vart følgjene av Reuterskiöld si oppfatning, at Noreg berre var ein stat overfor Sverige. Overfor utlandet var det berre ein stat på den skandinaviske halvøya, og det var Sverige.

Reuterskiöld si rettsoppfatning bygde som vi har sett på at Noreg var rettsleg underlagt Sverige i forholdet til utlandet. Eit problem var då at Noreg hadde verken erkjent einskapsprinsippet eller noko som helst unntak frå jamstillingsprinsippet, og tvert i mot forkasta Kieltraktaten som rettsgrunnlag for sameininga. Vidare la Riksakta opp til ei tilsynelatande likestilling mellom Noreg og Sverige. Dette meinte Reuterskiöld var ein konsekvens av ei feilaktig rettsoppfatning frå norsk side. Denne rettsoppfatninga bygde på at Noreg var ein suveren stat i 1814, noko Reuterskiöld tilbakeviste. Om Noreg var ein suveren stat slik den norske grunnlovsforsamlinga hevda i 1814, så måtte dette ”hafva blivit såsom sådan af Europas makter erkända”.¹⁶⁹ Noreg kunne ikkje stifte rett av seg sjølv, meinte Reuterskiöld, då ”Europas stats-system var icke ock är icke pligtigt att utan vidare pröfning i sig upptagna nya fullmyndiga medlemmar”.¹⁷⁰ Noreg var følgjeleg ikkje ein suveren stat før andre statar erkjente dette. Heile dette argumentet kvilte på oppfatninga om at Noreg ikkje var ein stat i sameininga med Danmark, noko

¹⁶⁸ Reuterskiöld 1893 s.13.

¹⁶⁹ Reuterskiöld 1893 s.16

¹⁷⁰ Sst.

mellom andre Aubert søkte å tilbakevise.¹⁷¹ Reuterskiöld sitt poeng var at Noreg ikkje vart akseptert som stat av dei europeiske statane før Novembergrunnlova vart vedteke i 1814. Sameininga med Sverige vart her nedfelt i §1. Reuterskiöld tolka Novembergrunnlova slik at den var ei gjennomføring av Kieltraktaten, og det rettsforholdet som han meinte oppstod som følgje av denne. Kieltraktaten var etter Reuterskiöld sitt syn uttrykk for Europa sitt syn på reguleringa av ”*det nya internationella förhållande*”, og dermed var statssamfunnet sin aksept av Noreg som stat bygd på denne traktaten.¹⁷² Ved å bli akseptert som stat av andre makter, måtte Noreg ta med Kieltraktaten på kjøpet.

Såleis meinte Reuterskiöld at unionen, statsrettsleg gjennom Novembergrunnlova, var bygd på eit tredje prinsipp, nemleg det såkalla ”*subordinations-princip*”. Dette formulerte han slik: ”*Då Sverige och Norge till följd af enhetsprincipen måste i förhållande till utlandet utgöra ett enda rike, och då de genom koordinationsprincipens användning och de politiska förhållandena 1814 med hvarandra sidoordnats utan att tillika organiseras som en stat, så blef Sverige de facto och de jure unionens representant utåt och Noreg med hänsyn härtill osjälfständigt underordnad Sverige.*”¹⁷³

Med dette subordinasjonsprinsippet kunne så Reuterskiöld feie unna dei norske, og til dels svenske, påstandane om at Noreg var ein suveren stat, og dermed likestilt med Sverige. Subordinasjonsprinsippet tilsa at Noreg, på bakgrunn av Kieltraktaten, og dermed einskaps- og koordinasjonsprinsippet, rettsleg så vel som faktisk var avhengig av Sverige i internasjonale forhold.

Den rettslege konsekvensen av Reuterskiöld si vurdering av sameiningsforholdet, var at Noreg var ein halv-suveren stat under svensk overherredøme. I Sverige delte han dette synspunktet med delar av den svenske høgresida i politikken. Det var og dette synet som gjorde seg gjeldande hos det svenske mindretalet i den tredje unionskomité. Ser vi

¹⁷¹ Aubert i ”Norges folkeretslige Stilling” frå 1896.

¹⁷² Reuterskiöld 1893 s.17

¹⁷³ Sst.

Reuterskiöld si oppfatning i høve til samtidig folkerettsteori, er det derimot klart at han er åleine med sitt standpunkt. Ovanfor har vi sett at tendensen i folkerettsteorien var å sjå på den svensk-norske sameininga, som eit statssamband mellom to suverene statar. Dette var utgangspunktet, til trass for ei viss usemje når det gjaldt dei vidare folkerettslege følgjene av sameininga. Ein kan her vise til det som er sagt ovanfor, og Nils Höjer si oppsummering ”Statsförbundet mellan Norge och Sverige” frå 1885.¹⁷⁴

4.2.5 Klassifisering og systematisering av statssamband i den svensk-norske unionsdebatten

Av dei rettslege innlegga i unionsdebatten, er det to verk som skil seg ut, både med tanke på emnet, og ved at dei begge pretenderte å være nøytrale og generelle rettsvitenskaplege arbeid. I Noreg kom Bredo Morgenstjerne med verket ”Stater og Statsforbindelser” i 1896, medan C.A. Reuterskiöld kom med sitt ”Om Stater og Internationella Rättssubjekt” i Sverige same år.¹⁷⁵

Begge dei nemnde verka tok sikte på å gi ei oversikt over statane si stilling overfor kvarandre, og då særleg i høve til dei ulike typane statssamband som eksisterte på denne tida. Begge framstillingane gir uttrykk for å være generelle, og Reuterskiöld er særleg tilbakehalden med å omtale den svensk-norske sameininga i denne samanhengen. Det vil føre for langt å gå inn på desse framstillingane i detalj, og eg vil såleis sjå kort på behandlinga av statssamband av den typen som var mellom Noreg og Sverige.

Eit særtrekk ved Reuterskiöld si framstilling var det omfattande statsomgrepet. Det som ein i folkerettsteorien elles rekna som statssamband av suverene statar, rekna Reuterskiöld som samansette statar. Felles for alle dei samansette statane var at delstatane var ”*icke-suveräna stater, hvadan suveräniteten blir fästad vi den samansatta staten själf så som en helhet*”.¹⁷⁶ Den subordinerte samansette staten var ein slik type samansett stat. Særtrekket ved denne staten var at ein av delstatane fungerte som

¹⁷⁴ Höjer 1885 s.171-172.

¹⁷⁵ Sjå vedlegg 1-3 for ei skjematisk oversikt over systematikken til Morgenstjerne, Reuterskiöld og Jellinek.

¹⁷⁶ Reuterskiöld 1896 s.24.

hovudstat overfor dei andre delstatane. Den rettslege stillinga mellom delstatane var då slik at *”Suveränitetsegenskapen är sålunda formaliter fästad vid den primära delstaten, hvilken i sin egenskap af hufvudstat i statsförbindelsen representerar de gemensamma interessena och hvars statsvilja sålunda tillika är uttryck för den sammansatta statens”*.¹⁷⁷ Realiteten var då at den primære delstaten var hovudstat, med dei andre delstatane som rettsleg underordna denne. Ein type subordinert samansett stat var i følge Reuterskiöld dei statssambanda der den styrande makta i delstatane var *”statsrättsligt åtskilda, men fysisk identiska”*.¹⁷⁸ Denne omtalte han som realunion, men han fann og at *”länsstat med varaktig personalunion mellan delstaterna”* var ein passende karakteristikk.¹⁷⁹ Reuterskiöld rekna altså ikkje realunionen som eit statssamband, men som ein stat samansett av fleire delstatar. Kvifor den eine staten i ein slik stat nødvendigvis må være overordna dei andre, seier Reuterskiöld ingenting om. Den norsk-svenske unionen plasserte Reuterskiöld i denne kategorien. Formelt rekna han altså Sverige og Noreg som ein stat, med Sverige som hovudstaten.¹⁸⁰ Den andre kjende realunionen frå denne tida, Austerrike-Ungarn, rekna derimot Reuterskiöld til ein annan kategori av samansette statar, den såkalla *”koordinerad sammansatta stater”*. Austerrike-Ungarn var i følge Reuterskiöld ein unionell forbundsstat, der begge delstatane var likestilte under ein felles monark og felles forbundsorgan. Noko grunngjeving for kvifor han rekna Sverige-Noreg og Austerrike-Ungarn som to rettsleg ulike statseiningar, gav han ikkje.

Morgenstjerne opererte og med sondringa mellom enkle og samansette statar i si framstilling. For han var likevel realunionen eit statssamband, og kunne såleis ikkje reknast som ein stat. Eit særtrekk ved den samansette staten, var at denne hadde ein fellesorganisasjon *”der i alle vesentlige Retninger er udstyret som en Stat”*.¹⁸¹ Dette var eit trekk ved forbundsstaten, ikkje realunionen. Morgenstjerne meinte då i si bokmelding av Reuterskiöld sitt verk, at denne *”udstrækker Statens Begreb langt*

¹⁷⁷ Sst.

¹⁷⁸ Reuterskiöld 1896 s.25.

¹⁷⁹ Sst.

¹⁸⁰ Reuterskiöld 1896 s.63. Denne oppfatninga bygde på Oscar Alin si lære om Kieltraktata som det rettslege grunnlaget for den svensk-norske sameininga.

¹⁸¹ Morgenstjerne TfR 1896 s.5.

udover, hvad der i den nyere statsretlige Theori kan ansees som det almindeligt antagne".¹⁸² Morgenstierne sitt poeng var at verken Sverige-Noreg eller Austerrike-Ungarn utgjorde ein stat, men derimot eit statssamband av suverene statar. I dette synspunktet kunne Morgenstierne støtte seg til stort sett heile den etablerte folkerettsteorien. For Sverige-Noreg sitt vedkommande, *"kan der, mig beskjendt, ikke paaberaabes en eneste statsretlig Autoritet af Betydning og med indgaaende Kjendskab til vor unionelle Ret, for den Mening, at Rigerne til sammen danner én Stat"*.¹⁸³ Ei anna innvending hadde Morgenstierne mot Reuterskiöld si oppfatning av subordinasjon som eit trekk ved realunionen. Som nemnt gav ikkje sistnemnde ei forklaring på kvifor subordinasjon var påkravd ved denne typen samansett stat. Dette vart enno meir uforståeleg for Morgenstierne, i det også Austerrike-Ungarn fall under Reuterskiöld sine kriterium for realunionen. Subordinasjon var det likevel berre snakk om for Noreg.

I ettertid er det klart at Reuterskiöld sin systematikk var, med Morgenstierne sine ord, *"i væsentlig Grad forfeilet"*.¹⁸⁴ Etter mitt skjønn låg den grunnleggjande oppfatninga av den svensk-norske sameininga sin rettslege karakter bak delar av den større systematikken i Reuterskiöld sitt verk. Om Reuterskiöld skulle karakterisere den svensk-norske sameininga som eit eigentleg statssamband, ville han og måtte ha akseptert Noreg sin status ein suveren stat. For at Oscar Alin si opphavlege lære om Sverige sitt overherredøme over Noreg skulle passe inn i ein slik systematikk, kunne ikkje unionen være eit statssamband mellom suverene statar. Såleis var det nærliggande å ty til den samansette staten som juridisk konstruksjon, i det denne også av Morgenstierne var særmerkt ved overnasjonale statsorgan og underordna delstatar. Innanfor statsomgrepet var det mogleg for Reuterskiöld å definere den subordinerte samansette staten, i form av ei todeling av statsmaktene som ein finn att i forbundsstaten.

¹⁸² Morgenstierne TfR 1897 s.89.

¹⁸³ Morgenstierne TfR 1897 s.90.

¹⁸⁴ Morgenstierne TfR 1897 s.88. Morgenstierne påpeikte særleg avviket frå Jellinek sin systematikk i *"Die Lehre von den Staatenverbindungen"*, og meinte at ein så vesentleg avvikande systematikk kravde *"en grundig Imødegaaelse af de Synsmaader, hvorpaa Jellineks systematikk hviler"*.

Morgenstierne la på si side til grunn ein meir tradisjonell systematikk, med hovudvekt på skilnaden mellom statar, usamansette og samansette, og statssamband som ikkje dannar statar. Den vesentlege skilnaden mellom desse kategoriane var at statssamband som ikkje dannar statar berre danna eit rettssubjekt i folkeretten, medan samansette statar også danna eit rettssubjekt med verknad i intern rett. I denne drøftinga la han til grunn dei fire tradisjonelle statssambanda, personalunionen, realunionen, statsforbundet og forbundsstaten. Denne oppfatninga var, med variasjonar i innhaldet, nokså vanleg i folkeretten.¹⁸⁵ Reuterskiöld skil seg markant frå dei fleste framstillingar når det gjeld systematikk og karakterisering av Sverige-Noreg og Austerrike-Ungarn som samansette statar. Dette siste er likevel ikkje overraskande, då Reuterskiöld sitt syn på den svensk-norske unionen heller ikkje var å finne att i den samtidige folkerettsteorien.

4.3 Unionen sine følgjer for partane si folkerettslege stilling – kven var folkerettssubjekt?

4.3.1 Morgenstierne – unionen som rettssubjekt

Som vi har sett ovanfor, var det usemje i folkerettsteorien om dei folkerettslege konsekvensane av ein realunion. Dette var og tilfelle i Noreg og i Sverige i høve til den svensk-norske sameininga. Bredo Morgenstierne meinte at konsekvensen av ei felles kongemakt, var at Noreg og Sverige hadde smelta saman i eit nytt folkerettssubjekt som var felles for begge statane, nemleg unionen.¹⁸⁶ Noreg og Sverige ville som følgje av dette, overfor framande statar, opptre som ei eining med ei felles vilje. Det rettslege grunnlaget fann han i Riksakta §4, som gjorde ”*den fælles Konge til Organ for Rigeres Fællesvilje paa dette Omraade*”.¹⁸⁷ I følgje Morgenstierne ville det då være ”*en kunstig Fiktion at opfatte Forholdet saaledes, at Kongen , naar han fatter sin fælles for begge de forenede Riger gjældende Beslutning og ligeoverfor fremmende Magter udtaler de forenede Rigers Vilje, egentlig gjør dette i Egenskap af to særskilte Regentpersonligheder, egentlig fatter to særskilte Beslutninger og udtaler to særskilte*

¹⁸⁵ Verzijl 1969 s.132 gir ei historisk oversikt over klassifiseringa av statssamband.

¹⁸⁶ Morgenstierne 1897 s.34.

¹⁸⁷ Morgenstierne 1897 s.35.

Statsviljer".¹⁸⁸ Følgjeleg, seier Morgenstierne, er det korrekt å oppfatte unionen som ei fellesmakt – og dermed eitt folkerettssubjekt – på området for den eigentlege utanrikspolitikken. I praksis ville då dei sameinte statane opptre på dette området som "*en absolut og udelelig Enhed*" eller som ein stat.¹⁸⁹ Kongen var verken særskilt norsk eller svensk konge, men ein felles unionskonge så lenge Noreg og Sverige måtte oppfattast som eitt rettssubjekt overfor framande makter. Morgenstierne gjorde likevel ei vesentleg presisering: Det var berre overfor framande makter kongen opptredde som ein felles unionskonge. Derimot var kongen høvesvis norsk konge og svensk konge i indre forhold. I følgje Morgenstierne var dette ei følgje av at det "*kun er i Forholdet udad, ikke i Forholdet indad, at der kan tales om Forbunds- eller Unionsorganer*".¹⁹⁰ Sameininga var som vi har sett ovanfor, av reint folkerettsleg karakter. Dette poenget var sentralt for Morgenstierne, då ei eventuell statsrettsleg sameining ville ha ført til at "*man ikke godt have kunnet opretholde disses fulde Suverænitet*".¹⁹¹ Ei konkret følgje av denne sontringa var at unionen berre var eit rettssubjekt overfor andre statar, ikkje overfor undersåttane til dei sameinte statane.

Ein konsekvens av dette var at dei sameinte statane kunne opptre som sjølvstendige folkerettssubjekt utanfor området til "*den egentlige Udenrikspolitik*". Dette var og ein konsekvens av at Noreg og Sverige var suverene statar. Fellesskapet strekte seg ikkje lenger enn rettsgrunnlaget for sameininga kravde. Som døme nemner Morgenstierne særskilte norske handelstraktatar med Spania i 1892, Portugal og Belgia i 1895, samt ei særskilt svensk traktat med Nederland om utlevering av brotsmenn.¹⁹² Vi ser her at Morgenstierne, som Wheaton og seinare Liszt, deler suvereniteten i ein intern og ein ekstern del. Når det gjeld spørsmålet om medlemsstatane si folkerettslege handleevne er Morgenstierne i samsvar med den andre hovudlina i folkerettsteorien om realunionen. Denne er nemnt ovanfor under punkt 3.4.1.

¹⁸⁸ Morgenstierne 1897 s.36. Dette var i samband med ei bokmelding av C.A. Reuterskiöld sitt verk "*Om Stater och internationella rättssubjekt*".

¹⁸⁹ Morgenstierne TfR 1896 s.46.

¹⁹⁰ Morgenstierne TfR 1896 s.48.

¹⁹¹ Sst.

¹⁹² Morgenstierne 1897 s.92.

4.3.2 Aschehoug – med utgangspunkt i statane sin suverenitet

Morgenstjerne delte sitt unionssyn med mellom andre T. H. Aschehoug. For Aschehoug var utgangspunktet at Noreg og Sverige var sjølvstendige rettssubjekt overfor framande makter. Dette var fordi ”*Foreningsacten ikkje har sagt det modsatte*”.¹⁹³ Utgangspunktet var med andre ord at Noreg og Sverige som suverene statar var særskilte folkerettssubjekt. Dette var som vi har sett ein konsekvens av suvereniteten, og såleis det naturlege rettslege utgangspunktet. Eit eventuelt unntak frå dette måtte følgje av rettsgrunnlaget for sameininga, nærare bestemt Riksakta. Eit slikt unntak meinte Aschehoug å finne på området for den eigentlege utanrikspolitikken. Her måtte dei sameinte rika ”*gaa sammen i alle Forhold som vedkommer den almindelige Folkeret eller paalægge dem Forpligtelser af rent politisk Natur*”.¹⁹⁴ Til trass for at Riksakta ikkje sa dette eksplisitt, meinte Aschehoug at dette følgde av fellesskapet i krig og fred. Dette fellesskapet var slått fast i Riksakta §4. Utanfor området for den eigentlege utanrikspolitikken, måtte derimot utgangspunktet gjelde, nemleg at Noreg og Sverige var særskilte rettssubjekt overfor framande makter.

4.3.3 Aubert – Ei positivistisk tilnærming av spørsmålet

Den kanskje mest grundige utgreiinga frå norsk side i spørsmålet om Noreg si folkerettslege stilling i unionen, kom L. M. B. Aubert med i 1896 i sitt verk ”Norges folkeretslige Stilling”.¹⁹⁵ Eg skal her gi ei oversikt over Aubert sine prinsipielle drøftingar i høve til statssuvereniteten og Noreg si folkerettslege stilling i sameininga med Sverige.¹⁹⁶ Som hos Aschehoug var utgangspunktet for Aubert at Noreg og Sverige var suverene statar. Denne suvereniteten var i følgje Aubert avgrensa ved at setninga ”*forenet med Sverige under een Konge*” var tatt inn i Riksakta §1.¹⁹⁷ Sameininga

¹⁹³ Aschehoug 1891 s.148.

¹⁹⁴ Aschehoug 1885 s.22 og 1891 s.147-148.

¹⁹⁵ Aubert var professor ved Det juridiske fakultet frå 1864-1896. ”Norges folkeretslige Stilling” vart utgjeve i 1896, etter Aubert sin død, av Ebbe Hertzberg. Den rettsoppfatninga Aubert kom med i dette verket var likevel kjend gjennom tidlegare verk og ei rekkje artiklar i Morgenbladet. Aubert var og statsråd for Høire i det såkalla aprilministeriet i 1884.

¹⁹⁶ For ei oversikt over Aubert sitt verk i eit større perspektiv, sjå Michalsen, 2002.

¹⁹⁷ Aubert 1896 s.149.

mellom Sverige og Noreg endra likevel ikkje desse statane sin status som suverene statar. Eit rike, sa Aubert, ”*ansees nemlig i Folkeretten ligesom i Statsretten ligefuldt som suverænt, om det end er forenet med et andet Rige, naar det ikkje samtidig er retslig underordnet (som de halv suveræne)*”.¹⁹⁸ Med andre ord var ikkje suvereniteten eit udeleleg fenomen for Aubert; visse innskrenkingar kunne ein gjere utan at dette fekk følgjer for den folkerettslege stillinga. Utgangspunktet var og at Noreg var ”*en Stat, der besad fuld Suverænitet, indre og ydre*”.¹⁹⁹

Aubert gjorde og ei prinsipiell sondring mellom statssamband mellom jamstilte statar, og statssamband der ein eller fleire statar var avhengige av ein dominerande stat. Denne sondringa vart og gjort av andre samtidige folkerettsforfattarar, og bygde på delinga av statssuvereniteten.

Hos Liszt kom den til uttrykk slik at ”*Die Souveränität wird nicht vollständig, aber teilweise ausgeschlossen durch die Oberherrlichkeit (Souveränität) eines andern Staates*”.²⁰⁰ Oppenheim omtalte dei avhengige statane som halv-suverene ”*because they are sovereign within their borders but not without*”.²⁰¹ Med andre ord hadde desse statane intern suverenitet, men ikkje ekstern suverenitet. Jellinek såg som nemnt ovanfor ikkje noko skilje mellom intern og ekstern suverenitet. Følgjeleg var det ikkje noko slikt som ein halv-suveren stat i høve til folkeretten; anten var staten suveren, eller så var den ikkje suveren. Spørsmålet Jellinek stilte seg var derimot om også slike ikkje-suverene statsdanningar var rettssubjekt i folkeretten. Utgangspunktet var at ”*Völkerrechtliche Subjecte sind nur Staaten*”.²⁰² Spørsmålet var då om suverenitet var eit vilkår for statsdanning. Jellinek kom til at ein ikkje-suveren stat kunne eksistere gjennom viljen til ein suveren stat. Ved å vise til konkrete døme kunne han då fastslå at ”*Wohl aber erkennt das Völkerrecht, wie bereits erwähnt, die Existenz der nicht mit Souveränität ausgestatteten Staatskörper als völkerrechtlicher Subjecte an*”.²⁰³

Fordi Noreg og Sverige i utgangspunktet var fullt ut suverene statar, meinte Aubert at sameininga mellom dei måtte byggje på prinsippet om fullstendig likskap i alle samanhengar. Verken Noreg eller Sverige var halv-suverene, men gjekk saman som to

¹⁹⁸ Sst.

¹⁹⁹ Aubert 1896 s.148-149.

²⁰⁰ Liszt 1897 s.30

²⁰¹ Oppenheim 1905 s.133-139

²⁰² Jellinek 1882 s.36-58

²⁰³ Sst.

suverene statar. Som følgje av suvereniteten hadde dei difor i utgangspunktet rett til særskilte utanriksstyre. Aubert formulerte dette som at *”overalt, hvor ikkje Unionsvilkaarene fører noget andet med sig, er Suveræniteten ubegrændset, [...] ogsaa i ydre folkeretslige, hvor den har størst Indflydelse”*.²⁰⁴ Altså måtte ein i unionsvilkåra, nærare bestemt i Riksakta, gjere unntak frå dette utgangspunktet. Eit slikt unntak gjorde, etter Aubert si meining, unionsvilkåra på området for den eigentlege utanrikspolitikken. Her måtte der *”paa Grund av Unionsvilkaarene herske Fællesskab”*.²⁰⁵ Meir presist var dette, i følgje Aubert, ein konsekvens av Riksakta §4 2. ledd om felles behandling av krigserklæringar. Av innleiinga til Riksakta følgde det vidare at føremålet med sameininga mellom anna var *”til Værn om deres fælles Throner”*. Dette var det konkrete rettsgrunnlaget for fellesskapet i krig og fred, og dermed eit rettsleg fellesskap på området for den eigentlege utanrikspolitikken. Utanfor det saksområdet som nødvendigvis måtte være felles, rådde derimot *”den fulde ydre Suverænitet uden Indskrenkning”*.²⁰⁶ I desse tilfella hadde Noreg *”i Lighed med enhver anden suveræn Stat, der ikke tilhører nogen Forening – at optræde alene: det har egen folkeretslig Personlighed”*.²⁰⁷ Motsetnadsvis var det fellesskapet, unionen, som var folkerettssubjektet på området for den eigentlege utanrikspolitikken.

Om Noreg si rettslege stilling i teorien var den til ein suveren stat, meinte Aubert at denne stillinga ikkje var sjølvstendig i røyndomen. Faktum var at Sverige var ei langt sterkare makt enn Noreg i det internasjonale samfunnet, og at Noreg relativt nyleg hadde byrja å hevde seg på den internasjonale arenaen. Såleis var det *”særlig vigtigt i Folkeretten, hvor den theoretiske Ret af Mangel paa Domstole savner de vigtigste praktiske Organer for at trænge igjennem, medens det faktiske og sædvandemæssige Forhold faar saa meget mer at sige”*, å vise at Noreg gjennom sin handlemåte faktisk hadde opptreidd og blitt oppfatta som eit særskilt og sjølvstendig rettssubjekt.²⁰⁸ Med suverenitetsomgrepet som eit teoretisk utgangspunkt, gjekk han så til traktatane som låg

²⁰⁴ Aubert 1896 s.149.

²⁰⁵ Sst.

²⁰⁶ Sst.

²⁰⁷ Aubert 1896 s.149-150.

²⁰⁸ Aubert 1896 s.151.

til grunn for sameininga, og deretter til dei sameinte rika sin faktiske handlemåte overfor andre makter.²⁰⁹ Dette var eit svar på C.A. Reuterskiöld sin påstand om at det for Europa berre var ein stat på den skandinaviske halvøya, og det var Sverige.²¹⁰ Aubert viste såleis at både Noreg og Sverige ved fleire høve hadde inngått traktatar på eiga hand, til trass for at dei var sameinte under ein konge. Noreg hadde altså i praksis vore eit rettssubjekt overfor framande statar, samstundes som sameininga i seg sjølv var rettssubjektet på det politiske området. Folkerettshistorikaren Verzijl har i ettertid påpeikt dette trekket ved realunionane generelt. Den historiske realunionen ”*exhibits the characteristics of a union of States which not only leads an independent legal life as a binary formation, but also leaves its members with a distinct legal personality of their own, manifesting itself in continued action in the inter-state society*”.²¹¹

Aubert si oppfatning av unionen sin rettslege karakter, og dermed suverenitetsomgrepet, er i samsvar med den sterkt positivistiske samtidige folkerettslitteraturen. Han var og ein mann av si tid, både i sitt syn på realunionen som rettsskipnad, og i det han la til grunn ein positivistisk framgangsmåte for å definere partane si folkerettslege stilling. Aubert går altså vidare frå det prinsipielle, og gjerne politiske spørsmålet, og ser på dei praktiske følgjene av sitt standpunkt. For Aubert var det statspraksis, og ikkje dei teoretiske følgjene av statssuvereniteten, som tilsynelatande var avgjerande for Noreg si rettslege stilling. Denne kombinasjonen av ei grundig teoretisk drøfting og ei etterfølgjande praktisk vinkling på rettsspørsmålet, er eit særtrekk ved Aubert som ein ikkje finn i like stor grad elles i unionslitteraturen.

4.3.4 Rydin – eit absolutt fellesskap overfor utlandet

Noreg og Sverige si jamstilling i unionen var eit utgangspunkt Herman Ludvig Rydin delte med dei aller fleste norske og svenske juristar og politikarar, med unntak av den konservative høgresida i svensk politikk og rettsvitskap. I sitt verk ”foreningen emellan Sverige och Norge” frå 1863 var nettopp jamstillinga mellom dei sameinte rika, ein

²⁰⁹ Aubert 1896 s.163-184. Her går han mellom anna igjennom dei ulike særtraktatane Noreg var part i, sortert etter type og mottakarstat.

²¹⁰ Sjøå Reuterskiöld 1893 s.6. Kapittel 4.2.4.

²¹¹ Verzijl 1969 s.152 flg.

raud tråd gjennom heile unionshistoria. Som følgje av jamstillinga, var det eit av hovudprinsippa for sameininga at *”krig eller fred, samt alla öfriga politiska förhållanden til frammande makter skola vara gemensamma”*.²¹² Som vi har sett var det vid semje rundt dette unionsføremålet, men Rydin tolka dette lenger enn det vi har sett Morgenstierne, Aschehough og Aubert gjorde. Rydin meinte, at krig og fred var eit resultat av traktatar. Ei kvar traktat kunne føre til konflikt, og sidan følgjene såleis råka begge rika, burde fellesskapet omfatte ei kvar traktat, sjølv om denne i seg sjølv berre vedgjekk den eine staten. I forholdet til utlandet ville Noreg og Sverige då *”tilsammans bildande en oåtskiljelig enhet, en makt”*.²¹³

Ser vi Rydin si oppfatning i høve til den internasjonale folkerettsteorien, ser vi at han er i samsvar med den fyrste hovudlina. Det sentrale for denne retninga, var at partane i ein realunion overførte sin eksterne suverenitet til unionen representert ved den felles kongen. Såleis opptredde dei sameinte statane som ei fellesmakt i alle tilhøve overfor andre statar. Som Rydin også understrekte, var partane likevel suverene i indre forhold, då realunionen bygde på fullstendig likskap mellom partane.

4.3.5 Ibsen – fellesskap, men ikkje felles rettssubjekt

I motsetnad til Rydin, og den norske høgresida, var det for Sigurd Ibsen ikkje tilstrekkeleg at Noreg var suveren i indre forhold. Ovanfor har vi sett at eit særskilt organ for utanriksstyret var nødvendig for at han kunne rekne ein stat som fullt ut suveren. Altså ville Ibsen ha eit særskilt norsk utanriksstyre, med ein norsk utanriksminister og særskilt norske gesandtar. I utgangspunktet er dette eit uttrykk for at han rekna Noreg som eit særskilt rettssubjekt overfor frammande makter. Spørsmålet, som også Ibsen stilte seg, var då om dette var i samsvar med unionen sitt føremål og rettsgrunnlaget for den.

Ibsen viste til at eit fellesskap i krig og fred, som den svensk-norske sameininga var tufta på, ikkje var til hinder for særskilt utanriksrepresentasjon. Det avgjerande, meinte

²¹² Rydin 1863 s.275.

²¹³ Sst.

Ibsen, var at det var den felles kongen som bestemte om ein skulle gå til krig eller ikkje. Såleis var ein alt her sikra ein felles opptreden i slike spørsmål. Avgjerda om å gå til krig skulle og fattast i samansett statsråd etter Riksakta §4. Såleis ville begge partane få innverknad på kongen si avgjerd. Med dette meinte Ibsen at vilkåra for sameininga, Riksakta, sikra ein felles opptreden for dei sameinte statane.

Det at Noreg var ”kontraktsmæssig fællesforpliktete med hensyn til krig og fred”, kravde og at andre ”overenskomster af politisk natur” vart gjort i fellesskap.²¹⁴ Ibsen presiserte at ”her vilde fællesoptræden være en uafvigelig regel” på grunnlag av Riksakta §5.²¹⁵ Denne føresegna kravde at saker som gjaldt begge rika skulle avgjerast i samansett statsråd. Ibsen kravde likevel berre *felles opptreden*. Denne felles opptreden var bestemt av Riksakta, men gjorde ikkje noko vidare inngrep i statssuvereniteten. Følgjeleg er det riktig å tolke Ibsen slik, at han rekna både Noreg og Sverige som to sjølvstendige folkerettssubjekt.

Ser vi Ibsen i høve til Morgenstjerne ligg skilnaden fyrst og fremst på det prinsipielle planet, sidan dei begge i det minste kravde eit faktisk fellesskap på det politiske området. Utanfor det politiske området rekna dei begge Noreg og Sverige som sjølvstendige folkerettssubjekt. Likevel er det grunn til å presisere, at det var den prinsipielle oppfatninga av Noreg si folkerettslege stilling, og forholdet til Sverige, som var avgjerande i den politiske kampen om utanriksstyret. Såleis var nok dei politiske motsetningane større enn dei rettslege.

Sigurd Ibsen var ikkje åleine i sitt syn på Noreg si folkerettslege stilling. Vi har alt sett at Ibsen sitt resultat var å finne også i den internasjonale folkerettsteorien, nemleg i læra til Georg Jellinek. Det følgjande kapitlet er eit framhald av det som er sagt i dette kapitlet, men med særleg fokus på dei ulike suverenitetsoppfatningane sine følgjer for synet på Noreg si folkerettslege stilling.

²¹⁴ Ibsen 1891 s.178.

²¹⁵ Sst.

4.4 Suverenitet og unionen - Læra til Jellinek i norsk unionsdebatt

”Die Lehre von den Staatenverbindungen” frå 1882, var eit verk som utelukkande drøfta ulike former for statssamband i høve til enkeltstatane, og Morgenstierne omtalte det som eit ”*banebrydende Arbeide*” på dette området.²¹⁶ Då Georg Jellinek var ein leiande folkerettsjurist rundt hundreårsskiftet, var det naturleg å sjå til Jellinek i spørsmål om einskildstaten si rettslege stilling i ein statssamskipnad. Sidan dette var eit vesentleg spørsmål i den svensk-norske unionsdebatten etter 1885, er det ikkje overraskande at Jellinek vart nytta som ein autoritet av juristar med så ulike unionssyn som Reuterskiöld, Morgenstierne, Getz og Gjelsvik.

Morgenstierne kommenterte statusen til Jellinek sitt verk i 1897 i artikkelen ”Nye Bidrag til Bestemmelse af Statens Begrep”.²¹⁷ Jellinek sitt verk, hadde i følge Morgenstierne, ”*en saa grundlæggende Betydning, og det har vundet en saadan Tilslutning fra den statsretlige Theoris Side, at man ikke kan komme det forbi og opstille en helt ny systematisk Ordning uden en grundig Imødegaaelse af de Synsmaader, hvorpaa Jellineks Systematik hviler*”.²¹⁸ Nettopp Jellinek sin systematikk kvilte på den grunnleggjande oppfatninga av statssuverenitet som eit udeleleg fenomen. Med dette hevda han prinsipielt einskildstaten sin absolutte suverenitet i eit statssamband som den svensk-norske unionen. På dette punktet var det altså meiningsskilnad mellom Jellinek og Morgenstierne, både i det prinsipielle synet på statssuvereniteten og i det konkrete tilfellet med den svensk-norske unionen. Jellinek si oppfatning var derimot i samsvar med den norske venstresida sitt krav om eit særskilt norsk utanriksstyre. Som vi alt har sett låg truleg Jellinek si lære til grunn for Sigurd Ibsen sitt syn på Noreg si folkerettslege stilling. I det følgjande skal vi sjå nærare på Jellinek si lære om realunionen i den norske unionsdebatten, og korleis den stilte seg i høve til det prinsipielle spørsmålet om den svensk-norske unionen sin rettslege karakter.

²¹⁶ Morgenstierne 1897 s.33 note 2.

²¹⁷ Morgenstierne TfR 1897. Morgenstierne omtalte Jellinek i samband med ei bokmelding av Reuterskiöld sitt verk ”Om Stater och internationella rättssubjekt” frå 1896. Sjå ovanfor kapittel 4.2.5.

I Morgenstierne sin systematikk i den nemnte artikkelen ”Stater og Statsforbindelser” frå 1896, var realunionen eit statssamband som ikkje danna ein stat. Denne klassifikasjonen kvilte på den grunnleggjande motsetninga mellom statssamband med overnasjonale statlege organ, dei samansette statane, og dei reint mellomstatlege statssambanda som realunionen og statsforbundet.²¹⁹ Skilnaden låg i at ”*Statsforbindelsen alene udad, fra den folkeretlige Side, danner et særegent Retssubjekt, medens Staten, den sammensatte som den usammensatte, danner et saadant saavel udad, fra den folkeretlige, som indad, fra den statsretlige Side*”.²²⁰ Altså var ikkje realunionen i seg sjølv ein stat, men ein folkerettsleg skipnad. Dette var, etter Morgenstierne sitt syn, likevel ikkje til hinder for at det vart skipa unionelle institusjonar mellom medlemsstatane. Fordi realunionen ikkje var eit rettssubjekt overfor borgarane og territoriet i medlemsstatane, kunne ikkje dei unionelle institusjonane få kompetanse overfor desse. Derimot ”*er det dog intet til Hinder for, at den ligeoverfor et andet Territorium og andre Statsborgere end de Staters, som danner den, kan udstyres med en Stats Magtfuldkommenhed*”.²²¹ Altså meinte Morgenstierne at medlemsstatane kunne overføre visse suverenitetsrettar til dei unionelle organa. Dette var berre mogleg dersom ein aksepterte at statssuvereniteten var deleleg, noko Morgenstierne følgeleg gjorde.

For realunionen sitt vedkomande, var den eksterne suvereniteten overført til dei unionelle organa så langt unionsføremålet kravde det. Som kjent rekna Morgenstierne fellesskap i krig og fred som eit minimum for to statar som hadde gått saman under ein konge. Som ein konsekvens av dette meinte Morgenstierne at dei sameinte statane ”*paa Udenrigspolitikens Omraade udad optræder som en absolut og udelelig Enhed, eller [...] paa dette Omraade fungerer som en Stat*”.²²² Såleis var det ikkje statane som var rettssubjekta overfor andre statar, det var realunionen ”*som en Stat*”. Det var altså dei

²¹⁸ Morgenstierne TfR 1897 s.88. Dette utsagnet retta seg mot Reuterskiöld sitt fundamentale brot med Jellinek sin systematikk, og bør difor ikkje tolkast slik at Morgenstierne rekna eit kvart avvik frå Jellinek sin systematikk som uakseptabelt.

²¹⁹ Sjå vedlegg 1.

²²⁰ Morgenstierne TfR 1896 s.44.

²²¹ Sst.

²²² Morgenstierne TfR 1896 s.46.

unionelle fellesorgana som utøvde medlemsstatane sin eksterne suverenitet. I dette låg det vidare at det var statssambandet, realunionen, i seg sjølv som hadde den aktive og passive gesandtskapsretten; krig vart ført mot statssambandet, og fred slutta med statssambandet som rettssubjekt. I desse tilfella rekna Morgenstierne kongen som ein felles unionskonge, altså eit unionelt organ.

Til trass for at realunionen førte med seg eit institusjonelt fellesskap, rekna han likevel medlemsstatane som suverene statar. Det avgjerande var for Morgenstierne at medlemsstatane i realunionen berre utgjorde eitt folkerettsleg rettssubjekt, medan dei utgjorde to særskilte rettssubjekt på det statsrettslege området. Med andre ord var den interne suvereniteten intakt. Medlemsstatane var då suverene fordi *”Forholdet mellem de forbundne Stater indbyrdes kun danner et Retsforhold, hvorefter en fælles Udøvelse af visse Suverænitetsrettigheder finder Sted, bliver hver enkelt Stat kun underkastet sin egen Vilje”*.²²³ Morgenstierne sitt poeng var at dei felles unionelle institusjonane låg mellom, og ikkje over, medlemsstatane. Realunionen var med dette eit *statssamband*, og ikkje ein samansett stat. Såleis ville desse fellesinstitusjonane være organ for utøving av medlemsstatane si felles vilje, og ikkje ei overordna vilje. I ein slik skipnad *”bliver derfor de i Statsforbindelsen forenede Stater at opfatte som suveræne Stater”*.²²⁴

For Bredo Morgenstierne var det altså ikkje nokon motsetnad mellom statssuverenitet og mellomstatlege organ med visse suverenitetsrettar. Denne oppfatninga vart derimot ikkje delt av Georg Jellinek. Som vi skal sjå, vart nettopp dette eit avgjerande punkt for ein eventuell aksept av den svensk-norske kongen som unionskonge, og utanriksstyret som eit felles unionelt organ.

Jellinek sin systematikk i *”Die Lehre von den Staatenverbindungen”* kvilte på den grunnleggjande oppfatninga av suverenitet som eit udeleg fenomen.²²⁵ Ein konsekvens av dette var at berre den suverene staten var rettssubjekt i folkeretten. Realunionen var eit resultat av statane si suverenitetsutøving. Sidan suvereniteten var

²²³ Morgenstierne TfR 1896 s.48.

²²⁴ Morgenstierne TfR 1896 s.49.

²²⁵ Sjå kapittel 3.1 og 3.3.3.

ein eigenskap ved staten, var det umogleg for denne å underkaste seg ei delt statsmakt, og framleis være suveren.²²⁶ Såleis var dette i seg sjølv til hinder for den rettslege konstruksjonen av eit felles utanriksstyre mellom suverene statar. Det var dette Jellinek meinte med at den felles monarken var ”*die natürliche Einheit eine rechtliche Mehrheit repräsentiert*”.²²⁷ Monarken var altså eit naturleg og politisk fellesskap, men likevel eit fellesskap av rettsleg åtskilte einingar. Monarken var dermed felles fysisk, men ikkje rettsleg. Dersom monarken var felles, ”*ein rechtlich einheitliches Organ*”, var det ikkje lenger eit statssamband av suverene statar, men *ein* stat.²²⁸

Eg tolkar då Jellinek slik, at realunionen som Morgenstierne forstod den, ikkje kunne være eit statssamband slik den var klassifisert i Morgenstierne sitt system. Derimot måtte Morgenstierne sin realunion være ein samansett stat, slik som forbundsstaten i Morgenstierne sin systematikk.²²⁹ Ein felles, unionell, monark og andre felles statsorgan kunne ikkje sameinast med den absolutte statssuvereniteten; denne kravde som kjent at statsmaktene var strengt åtskilte. Følgjeleg var realunionen eit reint folkerettsleg statssamband, utan bindingar på det statsrettslege området. Dette presiserte også Morgenstierne. Forklaringa er her at han ikkje rekna statssuvereniteten som udeleg. At delar av staten sin suverenitet overfor framande makter vart overført til mellomstatlege organ, gjorde ikkje desse overnasjonale etter Morgenstierne sitt syn. For Jellinek var derimot ikkje ei slik overføring av suverenitetsrettar mogleg. Suverenitet var ein eigenskap ved staten sjølv, og denne kunne ein ikkje overføre til ein *folkerettsleg skipnad*.²³⁰ Om denne så vart delvis overført til eit unionelt organ, så ville dette etter Jellinek si lære, være eit inngrep i staten si statsrettslege sfære, og dermed av overnasjonal karakter. Staten var då ikkje suveren.

²²⁶ Sjå Jellinek si drøfting i 1882 s.34-36.

²²⁷ Jellinek 1882 s.212.

²²⁸ Sst. Jellinek viste her til organiseringa av forbundsstaten.

²²⁹ Sjå vedlegg 1.

²³⁰ Eg vil her presisere at Jellinek ikkje utelukka ei kvar overføring eller avgrensing av statssuverenitet. Han påpeikte at ein stat kunne delegere suverenitetsrettar til ein annan stat, utan at dette tok suvereniteten frå den fyrste staten. Dette var ei typisk følgje av traktatar. Desse var i realiteten ikkje evigvarande, og såleis meinte han at overføringa ikkje kom i konflikt med statsvilja. Sjå Jellinek 1882 s.53-55.

Med dette utelukka Jellinek at eit statssamband kunne opptre som rettssubjekt overfor andre statar, ved å utøve medlemsstatane sine suverenitetsrettar. Spørsmålet var då om eit statssamband, etter sin karakter og rettsgrunnlag, i seg sjølv kunne være eit rettssubjekt i folkeretten. Den rettslege stillinga til eit statssamband i folkeretten, var også for Jellinek relatert til medlemsstatane sin suverenitet. I følge Jellinek hang statssuvereniteten saman med statsviljen. Eit statsforbund eller ein realunion hadde ikkje noko slik statsvilje; dei var derimot avhengige av medlemsstatane si vilje.²³¹ Statsforbundet, og dermed også realunionen, var *”ein Gebilde des Völkerrechts. Das Völkerrecht kennt aber keine anderen Rechtssubjecte als Staaten. Der Staatenbund, der als solcher nicht Staat ist, kann demnach nicht Rechtssubject sein”*.²³² Statsforbundet var altså ikkje ein juridisk person, men derimot eit rettsforhold mellom fleire statar som bygde på avtale. Om statane gjekk saman for å opprette eit nytt folkerettssubjekt, så kunne ikkje dette byggje på ei avtale. Derimot *”der höhere Wille des Staates ist der Rechtsgrund der Existenz”*.²³³ Rettsgrunnlaget for ein stat var med andre ord statssamfunnet si vilje. Ei avtale mellom to eller fleire statar var altså ikkje tilstrekkeleg for å skipe eit nytt rettssubjekt i folkeretten. Følgjeleg kunne ikkje statsforbundet med sitt rettsgrunnlaget være eit folkerettssubjekt. Om statsforbundet og realunionen då i praksis vart sett på som folkerettssubjekt, så var det ei anna sak. Som vi har sett ovanfor var det suvereniteten som teoretisk omgrep som var avgjerande for Jellinek.²³⁴ Såleis la ikkje Jellinek avgjerande vekt på statane sin faktiske handlemåte. Det avgjerande i begge høva var Jellinek sitt prinsipielle syn på folkeretten sin karakter, og dermed også på suvereniteten. I høve til det vi har sagt ovanfor i kapittel 2.1 om den positivistiske metoden i folkeretten, kan vi her stille spørsmål ved Jellinek sin metodebruk. I staden for å ta utgangspunkt i statane sin handlemåte og sedvane, går Jellinek til omgrep som suverenitet og statsvilje, og utleier sine svar frå innhaldet i desse. Som vi skal sjå nedanfor, kritiserte Morgenstierne Jellinek sin metodebruk på dette punktet.

Jellinek sitt poeng var at ein realunion på bakgrunn av dette ikkje førte med seg noko vidare fellesskap i statsorgan. Realunionen var ein rein folkerettsleg statssamskipnad, som fullt ut bygde på medlemsstatane si vilje. Såleis kunne ikkje realunionen ha suverenitetsrettar, då suverenitet var eit uttrykk for statsviljen. Følgjeleg kunne ikkje realunionen i seg sjølv opptre overfor andre statar. Det var altså ikkje nokon unionskonge eller andre unionelle organ i den svensk-norske sameininga. Slike institusjonar kunne heller ikkje sameinast med suvereniteten til Noreg og Sverige;

²³¹ Jellinek 1882 s.215. For Jellinek var realunionen ein særvariant av statsforbundet, og den følgjande drøftinga retta seg og mot realunionen. Slik tolka og Getz framstillinga til Jellinek, sjå Getz 1903 s.689 note 2.

²³² Jellinek 1882 s.178.

²³³ Jellinek 1882 s.179.

²³⁴ Kapittel 3.1.

denne var ein refleks av statsmakta, og kunne ikkje delast opp og delvis overførast til unionelle statsorgan. I prinsippet skulle då Noreg kunne opprette eit særskilt norsk utanriksstyre. Vi ser her at spørsmålet om realunionen si folkerettslege stilling hang saman med spørsmålet om det rettslege grunnlaget for denne typen statssamband.

Jellinek sitt syn på statssuvereniteten som eit udeleleg fenomen, finn vi att i den svensk-norske unionsdebatten. Frå norsk side gav rettsvitskapsmannen Nikolaus Gjelsvik uttrykk for Jellinek sitt syn i artikkelen "Flagspørsmålet" frå 1899.²³⁵ Gjelsvik slo her fast at "*Norge og Sverige er, trods unionen, fuldt suveræne stater*".²³⁶ Dette meinte han var tilfelle fordi rettsgrunnlaget for sameininga, Riksakta, var ei traktat. "*Stater, der er bundne ligeoverfor hinanden ved traktater er, som professor Jellinek har påvist i sit skrift: "Die Lehre von den Staatenverbindungen", suveræne, hvilket indhold traktaten end har*".²³⁷ Etter mitt syn gir Gjelsvik her uttrykk for den absolutte statssuvereniteten som Jellinek forfekta. Dette må gjelde til trass for at det etterfølgjande utsagnet med litt velvilje kan tolkast i motsett retning: "*Naar en stat er suveræn, så har den ikke mindre udad (i udenrigske sager) end indad enhver kompetence, som den ikke har fraskrevet sig ifølge traktater med fremmede stater*".²³⁸ Dette utsagnet må tolkast i samband med det føregåande, og såleis i høve til den opphavlege drøftinga i Jellinek sitt verk. Jellinek på si side, la til grunn det folkerettslege grunnprinsippet om at "*jeder Staat souverän ist, der nur durch Vertrag gebunden ist*".²³⁹ Poenget som både Jellinek og Gjelsvik ville fram til, var at ei traktat kunne gjere innhogg i statssuvereniteten utan at dette fekk følgjer for staten sin status som suveren stat. Det var fyrst der ein stat vart bunden av påbod frå ein annan stat eller statsorgan, at denne staten mista sin suverenitet.²⁴⁰ Ei felles institusjonalisert kongemakt var eit slikt organ. Ein realunion mellom suverene statar kunne difor ikkje føre med seg noko institusjonelt fellesskap.

²³⁵ Gjelsvik 1899. Spørsmålet var her om Noreg hadde bunde seg overfor Sverige til å nytte eit bestemt flagg som handelsflagg, og dermed fråskrive seg sin opphavlege rett til eit eige handelsflagg.

²³⁶ Gjelsvik 1899 s.341.

²³⁷ Gjelsvik 1899.

²³⁸ Sst.

²³⁹ Jellinek 1882 s.54.

²⁴⁰ Sjå Jellinek 1882 s.54-58.

Gjelsvik viste og eksplisitt til "Die Lehre von den Staatenverbindungen" i sin artikkelserie frå 1897, "Norges Ret til eget Udenrigsstyre". Dette var i samanheng med det konkrete spørsmålet om Noreg hadde rett til eit eige utanriksstyre, men for Gjelsvik var dette samanfallande med spørsmålet om Noreg si rettslege stilling i folkeretten. Gjelsvik viste her til at Jellinek oppfatta Noreg og Sverige som to fullt ut suverene statar der begge hadde krav på eit særskilt utanriksstyre. Han påpeikte at Jellinek rekna dette som klart, ut i frå "*den oprindelige Unionsoverenskomst*", altså Riksakta.²⁴¹ I dette ligg det og at Gjelsvik må ha akseptert Jellinek sitt grunnlag for å rekne Noreg som eit folkerettssubjekt, og dermed ha krav på eit særskilt utanriksstyre, nemleg at dette følgde av Noreg sin absolutte suverenitet.

Til støtte for den tolkinga av Gjelsvik som er gjort ovanfor, finn vi i Gjelsvik si "Lærebok i folkerett" frå 1918.²⁴² Her presiserte han i si drøfting at dei som rekna realunionen som eit folkerettssubjekt, meinte at "*sjølvstendet er ein sum av rettar, som kann løysast upp i einskildrettar; sjølvstendet kann soleis gjevast upp i ei leid og haldast att i andre leider*".²⁴³ Men, sa Gjelsvik, "*med di sjølvstendet ikkje kann løysast upp paa denne maaten, maa den meining falla, at ein realunion kann vera folkerettssubjekt*".²⁴⁴ Rettssubjekta i ein realunion var med andre ord dei sameinte statane i seg sjølv, og ikkje realunionen som eit fellessubjekt. Gjelsvik viste altså på same måte som Jellinek, og med Jellinek si lære som utgangspunkt, til at statssuvereniteten var ei skranke for eit folkerettssubjekt bygd på ei mellomstatleg avtale. Regelen var då at "*ei traktat berre skapar folkerettshøve og ikkje kann vera*

²⁴¹ Gjelsvik 1897 artikkel VII.

²⁴² Innverknaden frå Jellinek si suverenitetsoppfatning er meir eksplisitt i Gjelsvik si "Lærebok i folkerett" frå 1918. Dette er etter 1905 og unionsdebatten. Eg vil likevel nytte framstillinga frå 1918, då denne ikkje viker frå Gjelsvik si oppfatning i 1897 og 1899. I læreboka frå 1918 forklarar Gjelsvik sitt standpunkt frå 1897 og 1899 på ein meir utfyllande måte, og med meir utfyllande referansar til Jellinek si suverenitetsoppfatning. Det er likevel ikkje tvil om at det same gjaldt i 1897, då Gjelsvik eksplisitt viste til sine samtaler med Jellinek i høve til spørsmålet om særskilt norsk utanriksstyre. I 1899 viser Gjelsvik eksplisitt til Jellinek sitt verk, men omtalar ikkje suverenitetsspørsmålet i dei generelle vendingane som Bernhard Getz gjorde. Det er likevel ikkje tvil om at Gjelsvik i sine framstillingar i 1897 og 1899, meinte å gi uttrykk for det same som han meir eksplisitt gjorde i 1918.

²⁴³ Gjelsvik 1918 s.133. Med "sjølvstendet" meinte Gjelsvik suverenitet.

²⁴⁴ Sst.

rettsgrunnlaget for eit nytt folkerettssubjekt”.²⁴⁵ Då realunionen alltid bygde på avtale mellom dei sameinte statane, kunne den følgjeleg ikkje være eit folkerettssubjekt. Bak dette rettssynet låg oppfatninga om suvereniteten som eit udeleleg fenomen. Gjelsvik meinte at fordi folkeretten sakna ei samfunnsmakt over statane, måtte suvereniteten være absolutt. Dette var nettopp ein konsekvens av at statane var dei øvste maktene i folkerettssamfunnet.

I samsvar med Jellinek si lære var og Bernhard Getz. Han viste til nettopp Jellinek då han slo fast at Noreg og Sverige var sjølvstendige folkerettssubjekt til trass for sameininga i 1814.²⁴⁶ Som Jellinek meinte Getz at partane i unionen heldt fram med å være to suverene og likeverdige statar til trass for eit fellesskap i kongen. Som nemnt ovanfor var kjernen i Getz si unionssyn at denne var ei reint folkerettsleg binding, utan direkte statsrettslege følgjer. I motsetnad til Morgenstjerne, meinte Getz at eventuelle felles unionelle institusjonar ikkje kunne skipast utan å gjere endringar i medlemsstatane sine forfatningar. I så fall fekk sameininga ein heilt annan karakter enn det ein såg føre seg i 1814. Eit slikt fellesskap kunne heller ikkje sameinast med Noreg og Sverige sin respektive statssuverenitet. Her viste Getz til Jellinek, og presiserte at statssuvereniteten ikkje kunne delast i ein statsrettsleg og ein folkerettsleg del.²⁴⁷ Noreg si folkerettslege stilling var, med støtte i Jellinek si lære, ein refleks av den norske statsmakta. Kongen var då ikkje nokon unionskonge, men ein norsk og ein svensk konge i samme person, men som to ulike rettssubjekt. Vidare går det fram av Getz si drøfting at han og følgde Jellinek i det prinsipielle synet på rettssubjekt i folkeretten. Som nemnt ovanfor var det berre statane, suverene så vel som ikkje-suverene, som etter Jellinek var folkerettssubjekt. Følgjeleg kunne ikkje ein folkerettsleg skipnad som den svensk-norske unionen være eit sjølvstendig folkerettssubjekt. Getz formulerte det slik at sameininga skapte ”ingen skandinavisk union som stat eller som nogetslags stats- eller folkerettslight rettssubjekt over eller ved siden af de tvende riger”.²⁴⁸ Derimot kunne

²⁴⁵ Sst.

²⁴⁶ Getz 1903 s.688 note 2.

²⁴⁷ Getz 1903 s.688 note 2. Her siterer Getz frå ”Die Lehre von den Staatenverbindungen” det vesentlege av det vi har sagt om Jellinek i dette kapitlet.

²⁴⁸ Getz. 1903 s.685.

Noreg, i kraft av sin statssuverenitet, opptre som eit særskilt folkerettssubjekt uavhengig av Sverige.

Også Morgenstierne såg på sameininga som ei folkerettsleg binding, men han meinte likevel at ein måtte leggje til grunn statssamfunnet sin aksept av sameininga som folkerettssubjekt. Dette var og den vanlege oppfatninga i den elles positivistiske folkerettsteorien. Nikolaus Gjelsvik påpeikte i samband med dette, at ein måtte skilje mellom ”makt” og rettssubjekt. Ein realunion kunne være skipa såleis at *”unionsstatarne, politisk set, kann reknast for ei einaste magt”*.²⁴⁹ Grunnen til dette meinte Gjelsvik låg i føremålet med realunionen, då dette kravde *”ei viss trygd for, at unionsstatarne vil fylgja same utanrikspolitikken, naar unionsavtala gaar ut paa sams krig og fred”*.²⁵⁰ Likevel presiserte Gjelsvik, at sjølv om dei sameinte statane stod saman som ei makt overfor andre statar, var dei ikkje eitt rettssubjekt. Realunionen var for Gjelsvik ei reint folkerettsleg ordning, og skapte følgeleg ikkje eit nytt folkerettssubjekt. Også av Getz si framstilling går det fram at han ikkje rekna sameininga som eit folkerettssubjekt, nettopp fordi den var ei reint folkerettsleg ordning. Dette var og eit viktig punkt i Jellinek sin argumentasjon, noko Getz også påpeikte. Sidan realunionen var eit resultat av statane si felles vilje på eit avgrensa område, så kunne den ikkje være eit folkerettssubjekt sjølv. Om realunionen var eit resultat av statane sin suverenitet, og dermed kompetanse til å slutte avtaler, så kunne ikkje realunionen få denne suvereniteten overført til seg. Det var framleis statane sin suverenitet som var grunnlaget for realunionen sin eksistens.

Som vi ser var det den prinsipielle oppfatninga av suverenitet som låg bak meiningsskilnaden mellom Jellinek og Morgenstierne i spørsmålet om realunionen si rettslege stilling i folkeretten. Såleis kan vi seie at Morgenstierne var tilstrekkeleg grundig, på bakgrunn av sitt eige utsegn, då han gjekk i mot Jellinek si oppfatning av realunionen. Denne prinsipielle oppfatninga av suvereniteten delte Morgenstierne med majoriteten i folkerettsteorien. Morgenstierne gjekk altså ikkje imot systematikken i *”Die Lehre von den Staatenverbindungen”*, men heller innhaldet og konsekvensane av

²⁴⁹ Gjelsvik 1918 s.133.

²⁵⁰ Sst.

realunionen som eit organisert statssamband.²⁵¹ På den andre sida var nettopp statssuvereniteten eit viktig moment for Jellinek si inndeling av statssambanda i "Die Lehre von den Staatenverbindungen". I innleiinga seier han såleis, at inndelinga er gjort etter "*Verbindungen mit Coordination und Verbindungen mit Ueber- und Unterordnung der Glieder, m. a. W. völkerrechtliche und staatsrechtliche Verbindungen*".²⁵² Ei sondring etter rettsgrunnlaget for statssambandet var eit spørsmål om suverenitet i høve til staten sitt sjølvstende overfor andre statar. Jellinek sitt poeng var at statssuvereniteten sette ei skranke for statsrettslege bindingar mellom suverene statar. Det Morgenstierne rekna som ei reint folkerettsleg binding, var for Jellinek ei binding av statsrettsleg karakter, fordi den i seg sjølv vart tilført delar av statsmaktene sin kompetanse. Dette var ikkje mogleg etter Jellinek si oppfatning av statssuvereniteten. Både Bernhard Getz og Nikolaus Gjelsvik understreka realunionen sin reint folkerettslege natur på bakgrunn av dette. Fordi realunionen var ein reint folkerettsleg skipnad, tufta på partane si vilje, kunne den heller ikkje være ein person for folkeretten. Dette var ein eigenskap som berre låg til staten.

Jellinek kom til sitt standpunkt ved å søke etter rettsgrunnlaget for realunionen som statssamband. Bredo Morgenstierne si grunngjeving var av ein noko annan karakter. Morgenstierne meinte det var "*en ubestridelig Kjendsgjerning*" at statssamband som statsforbundet og realunionen vart oppfatta av andre statar som *eitt* folkerettssubjekt i krig og fred, og elles på området for den eigentlege utanrikspolitikken.²⁵³ Morgenstierne la med dette den positivistiske metoden til grunn for si oppfatning. Oppenheim la i 1905 til grunn den same oppfatninga i spørsmålet om halv-suverene statar hadde folkerettsleg handleevne til trass for at dei ikkje var fullt ut suverene. "*If we look at the matter as it really stands, we observe that they actually often enjoy in many points the rights and*

²⁵¹ Det refererte utsagnet kom Morgenstierne med i høve til C. A. Reuterskiöld si oppfatning av Noreg som underlagt Sverige i ein samansett stat. Morgenstierne meinte at Reuterskiöld ikkje kunne opprette ein heilt ny type statskategori, utan å gje fullgode grunnar for kvifor ein skulle gå i mot Jellinek sin systematikk, sjå TfR 1897 s.89.

²⁵² Jellinek 1882 s.58.

²⁵³ Morgenstierne TfR 1896 s.46.

fulfil in other points the duties of International Persons".²⁵⁴ Følgjeleg, sa Oppenheim, hadde og halv-suverene statar folkerettsleg handleevne på visse områder. Dette er den same metoden som Morgenstierne nyttar i høve til realunionen. Morgenstierne måtte difor ikkje stille seg spørsmålet om realunionen kunne byggje ei folkerettsleg handleevne på ei traktat mellom medlemsstatane. Det var tilstrekkeleg å vise til statspraksis.

Med dette har vi sett at "Die Lehre von den Staatenverbindungen" spelte ei viktig rolle som inspirasjon og autoritet i den norske unionsdebatten. For tilhengarane av eit særskilt norsk utanriksstyre, gav Jellinek rettsleg legitimitet til dette kravet. For den andre sida, og særleg Bredo Morgenstierne, var derimot "Die Lehre von den Staatenverbindungen" eit hinder som ein ikkje utan vidare kunne oversjå. Såleis vart også kampen om særskilt norsk utanriksstyre ført rundt Jellinek si rettsoppfatning i høve til statssuvereniteten i eit statssamband med ein felles konge. Dette er eit paradoks, då hovudsynspunktet i folkerettsteorien var at ei sameining som den mellom Noreg og Sverige, nettopp førte med seg eit rettsleg fellesskap i kongen og utanrikspolitikken. Eit anna poeng ved Jellinek si stilling i unionsdebatten, er den metodiske skilnaden mellom Jellinek og majoriteten i folkerettsteorien. Jellinek definerte Noreg si rettslege stilling ut i frå ei teoretisk oppfatning av statssuvereniteten. Denne omgrepsjurisprudensen førte så Getz og Gjelsvik inn i unionsdebatten. Her møtte denne framgangsmåten den positivistiske metoden i folkeretten gjennom verka til Morgenstierne og særleg Aubert. Den norske unionsdebatten var på dette området eit spegelbilete av diskusjonen rundt statssuverenitet i den internasjonale folkerettsteorien.

²⁵⁴ Oppenheim 1905 s.101-102. Også dette spørsmålet var knytt til diskusjonen rundt statssuvereniteten sin absolutte karakter.

4.5 Den svenske forfatningsendringa i 1885

4.5.1 Innleiing

Den førehavinga av utanrikssaker som gjaldt ved stiftinga av unionen i 1814, heldt seg stort sett uendra fram til 1885. Sverige endra då §11 i Regeringsformen av 1809.²⁵⁵ Denne forfatningsendringa fekk dramatiske følgjer for unionen, både rettsleg og politisk. Dei politiske konsekvensane er vi alle kjende med; dette var byrjinga på ei konflikt mellom og internt i Noreg og Sverige som kom til å vare i 20 år, og som til slutt førte til det endelege brotet i 1905. Den rettslege sida av forfatningsendringa er derimot ikkje så mykje omtalt som dei politiske konsekvensane. I denne framstillinga er det likevel på sin plass å sjå meir nøye på dei rettslege følgjene av den svenske forfatningsendringa i 1885.

4.5.2 Den svenske forfatningsendringa og utanriksstyret

Før den omtalte endringa i 1885 av den svenske forfatninga §11, var unionen mellom Noreg og Sverige ein typisk realunion slik denne var omtalt i folkerettslitteraturen. Dette var som nemnt dei fleste førande folkerettsforfattarane samde om.²⁵⁶ Kongemakta og oppgåvene under denne, som var like i Noreg og Sverige, vart rekna som ein felles unionell institusjon. Under kongen låg utanriksstyret og retten til å bestemme krig og fred. Denne kompetansen var felles både i Noreg og Sverige, til trass for at rettsgrunnlaget var ulikt. For Noreg sin del var det rettslege grunnlaget for kongen sine rettar Grunnlova §26. Dei same rettane hadde kongen etter den svenske Regeringsformen av 1809 §11. Riksakta §4 fastslo at kongen skulle ha rett til å byrje krig og slutte fred.²⁵⁷ Riksakta inneheldt og reglar for felles behandling av fellessaker. Etter §5 kunne kongen avgjere fellessaker i såkalla samansett statsråd. Dette var eit statsråd, norsk eller svensk, supplert med tre statsrådar frå den andre parten.

²⁵⁵ Sjå vedlegg 5.

²⁵⁶ Kapittel 3.3.4.

²⁵⁷ Sjå vedlegg 4.

I praksis vart likevel dei fleste fellessaker avgjort i det ministrielle statsrådet, og dermed etter den svenske forfatninga sine reglar. Dette gjaldt og dei fleste utanrikssakene. Kongen måtte etter den svenske forfatninga rådføre seg med medlemma av det ministrielle statsrådet før han fatta avgjerd i ei sak av utanrikspolitisk karakter. Det var då utanriksministeren si oppgåve å framføre denne saka for dei andre medlemma av det ministrielle statsrådet. Dette føredraget bygde på *kongen* si førebuing av saka. Kongen hadde då kontrollen over saka slik den vart framført av utanriksministeren. Føremålet med denne prosedyren var å la statsrådene få høve til å uttale seg om saka før avgjerd vart fatta. Statsrådene var i sin tur ansvarlege overfor Riksdagen.

Etter at kongen hadde høyrte det ministrielle rådet, kunne han fatte avgjerda på fritt grunnlag. Førehavinga av utanrikssakene i det ministrielle statsrådet var difor ikkje ei formell avgrensing av kongemakta sin kompetanse i utanriksspørsmål, då kongen hadde kontroll over den i alle fasar av saksførehavinga. Dette gjaldt både kongen i eigenskap av svensk konge, så vel som norsk konge. Såleis kunne ein, iallfall på formelt grunnlag, med rette kalle det ministrielle statsrådet, og resten av utanriksstyret, for eit felles unionelt utanriksstyre. At den norske innverknaden reelt sett var liten, rokkar ikkje ved det formelle utgangspunktet, nemleg at det var den felles kongen som styrte utanrikspolitikken i begge rika. Ser vi på den formelle ordninga av unionen, står denne fram som ein realunion av den typen dei fleste samtidige folkerettsforfattarar la i omgrepet. Riksakta oppretta ikkje eit institusjonelt fellesskap ut over kongen, men fordi kongen hadde kompetanse etter konstitusjonen til å gå til krig og slutte fred, og elles styre utanrikspolitikken, var det ikkje unaturleg å sjå på utanriksstyret som eit institusjonalisert fellesskap.

4.5.3 Dei rettslege følgjene i høve til utanriksstyret

Spørsmålet blir då kva rettslege konsekvensar den svenske forfatningsendringa i 1885 fekk for den svensk-norske unionen. I utgangspunktet gjaldt denne forfatningsendringa berre den svenske konstitusjonen. Det var den svenske kongen si stilling som vart endra i 1885. Dette skjedde ved at den personlege kongemakta vart svekka til fordel for Riksdagen. Det var altså ei rein statsrettsleg endring frå svensk side. Det som gjorde at den fekk konsekvensar også for Noreg, var at kongen miste kontrollen over handlinga

av utanrikssaker etter den svenske forfatninga. Som vi har nemnt, var det reglane i denne kongen hadde nytta også i fellessaker. Framleis var det kongen som skulle avgjere ”De Ministriella målen”, herunder utanrikssakene. Det nye var at utanriksministeren no skulle førebu utanrikssakene i tillegg til å framføre dei for kongen. Formelt var den svenske utanriksministaren svensk embetsmann. Kongen si avgjerd vart då basert på utanriksministeren sitt standpunkt. Kongen si rolle etter dette, var å avgjere sakene på bakgrunn av utanriksministeren, og dermed den svenske Riksdagen, si instilling.²⁵⁸ Riksadvokat Bernhard Getz meinte såleis i høve til unionelle spørsmål, at *”En forandring, hvorved den fælles konge trænges til side af udenrigsministeren, samtidig med at denne knyttes sterkere til det særlige svenske ministerium, er i ethvert tilfælde en for dette forhold meget væsentlig forandring, om end bedømmelsen maa blive noget forskjellig, eftersom man lægger den ene eller den anden opfatning til grund for udenrigsministerens befatning med de norske anliggender”*.²⁵⁹

Den svenske professoren Rydin såg føre seg denne problemstillinga alt i 1863, og meinte såleis at Riksakta måtte tolkast slik at *”öfverinstämmelse emellan båda rikenas grundlagar bör ega rum i afssende på grundlinierna af den konungen i hvardera riket tillkommande makt, så att konungens myndighet i förhållande till folkmakten är efter samma grunder afpassad i båda rikena och ej starkare eller svagare i det ena riket, än i det andra”*.²⁶⁰

Eit vesentleg trekk ved denne felles kongemakta var at den hos begge partane i unionen styrte utanrikspolitikken og spørsmål rundt krig og fred. Om det ikkje var semje om at utanriksstyret var eit unionelt fellesorgan, så var ein iallfall i stor grad samde om at felles konge nødvendigvis kravde ein felles utanrikspolitikk. Kva følger får det då for unionen dersom ein av partane i unionen fjernar kompetansen til å bestemme utanrikspolitikken frå kongen sine hender, og overfører denne til eit reint statleg organ? Korleis stiller ei slik forfatningsendring seg i høve til rettsgrunnlaget for unionen – Riksakta – som i §4 bestemmer at kongen skal rå over utanrikspolitikken?

²⁵⁸ Getz. 1903 s.729-730.

²⁵⁹ Getz 1903 s.730.

²⁶⁰ Rydin 1863 s.314.

Reint faktisk fekk den svenske forfatningsendringa i 1885 følgjer for norsk utanrikspolitikk. Kongen, som norsk konge, hadde etter den norske grunnlova §26 og Riksakta §4 framleis styringa over den norske utanrikspolitikken. Den norske utanrikspolitikken hadde som nemnt sidan 1814 vore handsama av det etablerte svenske utanriksvesenet. Til trass for at enkelte nordmenn til tider fekk framtrekande posisjonar, var utanriksvesenet i 1885 i all hovudsak ein svensk institusjon. Ved forfatningsendringa vart dette i ei viss grad formalisert i det svenske utanriksstyret – og dermed også det norske – gjekk frå å være den felles kongen sitt utanriksstyre, til å liggje under den svenske Riksdagen sin kontroll. Den norske utanrikspolitikken vart då ikkje lenger styrt av den felles unionskongen, men av den svenske staten. Med dette kom ein i ein situasjon der den svenske Riksdagen hadde kontroll over det svenske utanriksstyret, medan kongen framleis formelt styrte det norske utanriksstyret personleg. Dei norske sakene vart i realiteten handsama av ein svensk embetsmann på vegne av den svenske Riksdagen, då utanrikssakene i stor grad vart handsama under eitt i det ministrielle statsrådet. Dette var i strid med ein av føresetnadane for unionen, nemleg eit felles utanriksstyre. Framleis var det kongen som etter den svenske forfatninga skulle avgjere utanrikssakene. Likevel hadde han mista kontroll over utforminga av desse, og dermed var den personlege kongemakta vesentleg redusert. Etter den norske forfatninga hadde derimot kongen framleis styringa over utanriksstyret. Dette gjaldt til trass for at kongen elles hadde kapitulert overfor Stortinget som følgje av parlamentarismen.

Realiteten etter 1885 var at unionen ikkje lenger hadde det same felles overbygget som den opphavleg var bygd på. Den felles kongemakta si styring av utanrikspolitikken var no vesentleg redusert i Sverige, noko som fekk følgjer for Noreg. Nettopp dette felles overbygget var eit av særtrekka og føresetnadene for unionen. Frå ein folkerettsleg ståstad kan ein då stille spørsmål ved unionen sin karakter. Den rådande oppfatninga om realunionen var at statane skipa visse fellesorgan for behandlinga av unionelle saker.²⁶¹ Dette vil typisk være utanriksstyret. I dette ligg det og ein føresetnad om ein viss grad av likskap mellom partane. Likskapsprinsippet låg og til grunn for den svensk-norske

²⁶¹ For ei divergerande oppfatning, sjå Jellinek "Die Lehre von den Staatenverbindungen".

unionen.²⁶² Tanken er at partane, på tilnærma like vilkår, har saman overført delar av den eksterne suvereniteten til felles styringsorgan.

Det motsette, dei statane som let ein annan stat styre utanrikspolitikken sin, er i den samtidige folkerettsteorien omtala som halv-suverene statar.²⁶³ Dette er, seier Liszt, statar som i ulik grad har overgitt sin suverenitet til ein annan stat.²⁶⁴ I følgje Liszt manglar typisk den halv-suverene staten rett til å inngå traktatar, sende og ta i mot diplomatar og starte og slutte krig. Slike halv-suverene statar har normalt full intern suverenitet; staten rår sjølv over individa innanfor statsterritoriet og over statsterritoriet. Derimot vil ein slik stat normalt ikkje opptre som sjølvstendig stat overfor andre statar. Dette er det den dominerande staten som gjer, sjølv om dette kan variere etter rettsforholdet mellom dei to statane. Oppenheim viser til at halv-suverene statar ofte har ein viss diplomatisk representasjon, gjerne med eigne konsular.²⁶⁵ Såleis vil dei og kunne inngå handelstraktatar på eiga hand. Det var i stor grad semje i folkerettslitteraturen om at ein avhengig stat ikkje var fullstendig suveren, den mangla sin eksterne suverenitet. Den avhengige staten hadde heller ikkje folkerettsleg handleevne. Skilnaden frå realunionen er altså at partane i denne blir rekna som suverene statar. Ut i frå folkerettslitteraturen kan ein slutte at partane i ein realunion er suverene fordi dei ikkje har overgitt suvereniteten sin, men gått saman om å skipe ein felles institusjon som overtar delar av suvereniteten. Denne felles institusjonen er likevel avhengig av statane si vilje, og ligg såleis mellom og ikkje over medlemsstatane. Statane er då jambyrdige, i motsetnad til den avhengige staten som er undergitt viljen til den dominerande staten.

Ut i frå det som er sagt ovanfor kan ein seie at Noreg fekk visse trekk ved ein avhengig stat som følgje av den svenske forfatningsendringa i 1885. Mot denne påstanden kan ein sjølv sagt innvende at det for Noreg sitt vedkommande framleis var kongen som hadde

²⁶² Ibsen 1891 s.37.

²⁶³ Jellinek rekna desse statane som ikkje-suverene, då delvis statssuverenitet ikkje var mogleg etter Jellinek si oppfatning. Sjå Jellinek 1882 s.36-58.

²⁶⁴ Liszt 1898 s.31.

²⁶⁵ Oppenheim 1905 s.101-103

ansvar for utanrikspolitikken etter Grunnlova §26 og Riksakta §4. Men sjølv om ein konstaterer dette faktumet, blir ein raskt konfrontert med realitetane, nemleg at kongemakta ikkje lenger var ei felles utøvande makt på utanrikspolitikken sitt område. Vel var kongen felles, men som institusjon stod berre fellesskapet i krig og fred attende. Føresegnene i Grunnlova §26 og Riksakta §4 var etter dette berre skinnreglar, då den tilsvarande regelen i den svenske forfatninga no var endra. Initiativet i utanrikspolitikken var no gått over til Riksdagen og den svenske staten. Noreg stod attende utan eit institusjonalisert utanriksstyre, verken formelt eller reelt. Jamstillingsprinsippet, som låg til grunn for realunionen, vart med dette skyvd til side. Sverige kunne no, med ein viss rett, kalle seg *principes inter partes* i unionen.

Med dette har vi gått frå eit reint svensk statsrettsleg spørsmål til eit spørsmål av unionell karakter. I høve til det som er sagt ovanfor om unionen sin rettslege karakter, kan vi sjå på den svenske forfatningsendringa på to måtar. For det fyrste kan vi ta utgangspunkt i utanriksstyret som ein del av det unionelle fellesskapet. Dersom eit felles utanriksstyre var ein nødvendig rettsleg konsekvens av sameininga, så var kongen sin rett til å rå over dette eit premiss for det felles utanriksstyre. Riksakta oppretta som kjend ikkje noko felles utanriksdepartement. Og dersom Riksakta var eit uttrykk for statane si binding til eit felles utanriksstyre under ein felles konge, så var den svenske forfatningsendringa eit traktatbrot. For det andre kan forfatningsendringa tene som bevis for det motsette, nemleg at sameininga ikkje kravde noko rettsleg fellesskap i utanriksstyret. Dersom Sverige einsidig kunne endre førehavinga av utanrikssaker slik dei gjorde i 1885, så kunne Noreg gjere det same ved å opprette sitt eige utanriksdepartement og ein særskilt norsk utanriksminister.

4.5.4 Forfatningsendringa og unionsdebatten

Den svenske forfatningsendringa i 1885 er illustrerande for diskusjonen rundt det rettslege grunnlaget for sameininga. Det som er sagt ovanfor, byggjer på oppfatninga av kongen som ein felles unionskonge, og utanriksstyret som eit nødvendig fellesskap. Som vi har sett, så var ikkje dette synet delt av den norske venstresida i politikken. Nikolaus Gjelsvik meinte såleis at sidan Sverige einsidig endra forfatninga si slik dei gjorde i 1885 ”saa er det en saa bindende Erklæring som vel mulig for, at der ikkje

eksisterer nogen Forpliktelse for Norge til at have enten et unionelt eller et svensk Udenrigsstyre".²⁶⁶ Bernhard Getz delte Gjelsvik sitt syn i dette spørsmålet, og meinte at dersom utanriksstyret ikkje var felles etter Riksakta, men at den norske kongen nytta det svenske utanriksstyret i kraft av si personlege kongemakt, så "*kan der ingen legal hindring være for, at Sverige ligesaavel som Norge ensidig forandrer sine regler for de udenrigske sagers behandling*".²⁶⁷ Både Gjelsvik og Getz bygde som kjend på oppfatninga av unionen som ei rein folkerettsleg ordning utan innskrenking av medlemsstatane sin suverenitet. Følgjeleg var det ingen felles unionelle institusjonar. Ein konsekvens av denne oppfatninga, var at Noreg og Sverige fullt ut rådde over sine statsorgan, også kongen og utanriksstyret. Begge statane kunne difor gjere endringar i organiseringa av statsmaktene, og kompetansen til kongemakta. Sverige kunne altså einsidig endre si forfatning, like fullt som at Noreg einsidig kunne opprette eit særskilt norsk utanriksstyre.

Også Sigurd Ibsen presiserte at dette ikkje var eit unionelt eller folkerettsleg spørsmål, men eit reint nasjonalt og statsrettsleg spørsmål. Han viste då til at eventuelle unionelle eller folkerettslege konsekvensar av den svenske forfatningsendringa, ikkje vart drøfta av den svenske Riksdagen. Ibsen tolka dette som eit uttrykk for saka si reint statsrettslege side.²⁶⁸

Sigurd Ibsen meinte som Getz og Gjelsvik at Noreg einsidig kunne opprette eit særskilt norsk utanriksdepartement. Når dette norske statsorganet fyrst var oppretta, var det nausynt med reglar som "*paa en detaljeret maade regulerer formerne for de to udenrigsstyrelses samkvem og samvirken i alle de forhold, hvor gjensidighed og fællesskab er paakaldet*".²⁶⁹ Dette, sa Ibsen, var derimot eit unionelt spørsmål, altså eit forhold mellom Noreg og Sverige. Dette spørsmålet kunne då ikkje løysast einsidig, men i det samansette statsrådet etter Riksakta §5.

Gjelsvik peikte på at dersom det var slik at utanriksstyret var felles for Noreg og Sverige også rettsleg, og ikkje berre faktisk, så var det slik at "*Svenskerne ikke kunde*

²⁶⁶ Gjelsvik 1897.

²⁶⁷ Getz 1903 s.731.

²⁶⁸ Ibsen 1891 s.170.

²⁶⁹ Ibsen 1891 s.189-190.

foretage denne Forandring i Udenrigsstyret uden efter Overenskomst med os".²⁷⁰ Tanken var at dersom eit rettsleg fellesskap i utanriksstyret følgde av sameininga, så måtte det ha sitt rettsgrunnlag i Riksakta eller dei øvrige unionsvilkåra. Desse var traktatar mellom Noreg og Sverige. Endringar i desse kravde følgeleg samtykke frå norsk side, noko som ikkje hadde skjedd. Om ein godtok den svenske forfatningsendringa utan å leggje denne konsekvensen til grunn, då "*forpligtede Norge sig til at benytte det svenske Udenrigsstyre i den Form, hvori Svenskerne til enhver Tid maatte behage at organisere det*".²⁷¹ Bernhard Getz formulerte dette slik at dersom Noreg var bunden til det svenske utanriksstyret gjennom unionsvilkåra, så "*synes den konsekvens uafviselig, at den i 1885 foretagne forandring ikke kunde finde sted uden Norges samtykke*".²⁷² Gjelsvik og Getz var her vel vitande om at Morgenstjerne og dei andre på den norske høgresida ikkje kunne godta ein slik konsekvens. Såleis kunne dei påvise det umoglege ved Morgenstjerne sin argumentasjon.

Til grunn for Gjelsvik og Getz si vurdering av den svenske forfatningsendringa i 1885, låg det prinsipielle synet på unionen som ein reint folkerettsleg skipnad. Denne oppfatninga, som iallfall for Getz sitt vedkomande, eksplisitt bygde på Jellinek si lære om realunionen sin rettslege karakter på bakgrunn av statssuvereniteten, kravde at eventuelle felles statsorgan hadde heimel i nasjonal rett. Den rettsstiftande traktaten for sameininga kunne ikkje åleine heimle eksistensen av eit statsorgan; dette ville ha vore eit inngrep i statssuvereniteten slik Jellinek og Getz oppfatta den. Den svenske forfatningsendringa i 1885 oppfatta difor både Getz og Gjelsvik som ei faktisk handling som støtta denne oppfatninga: ved å endre førehavinga av utanrikssaker, viste den svenske Riksdagen at kongen ikkje var ein felles unionskonge, men høvesvis svensk og norsk konge. Getz meinte då, at den svenske forfatningsendringa rettsleg sett berre gjaldt for Sverige. Det var då ingenting i vegen for at kongen "*kan lade de særlig norske*

²⁷⁰ Gjelsvik 1897.

²⁷¹ Sst.

²⁷² Getz 1903 s.731.

*sager forberede af, hvem han vil, men at han ogsaa kan lade fællessagerne i deres egenskab af norske forberede af andre ved siden af udenrigsministeren”.*²⁷³

Til trass for Getz sitt prinsipielle standpunkt om sameininga sin reint folkerettslege karakter, tolka han likevel unionsvilkåra slik at dei etter sitt føremål la ned forbod mot visse endringar i partane sin konstitusjon. Dette gjaldt både uttrykkelege påbod og ”*dens nødvendige forudsætninger*”.²⁷⁴ Getz meinte, at den folkerettslege bindinga måtte tolkast slik at den inneheldt visse stillteiande føresetnader om partane si forfatning og andre nasjonale rettsreglar som låg til grunn for sameininga. Dette var ein konsekvens av at kongen sin person var felles i begge rika. Dette personfellesskapet kravde visse fellesreglar både i forfatninga og i elles i nasjonal lovgjeving. Når det gjaldt den svenske forfatningsendringa i 1885, ”*maa det vistnok ogsaa medgives, at den forandring af reglerne for de diplomatiske sagers behandling, som Sverige i 1885 for sit vedkommende havde foretaget, ikke heller gikk videre end forenligt med unionen*”.²⁷⁵ Det avgjerande var, meinte Getz, at ”*den fælles konge beholdt dog altid retslig sin frie selvbestemmelsesret*”.²⁷⁶ Dette var likevel berre eit spørsmål om den svenske forfatningsendringa var i strid med føresetnadene for sameininga, og dermed eit brot på Sverige sine folkerettslege plikter. Getz sin reservasjon var såleis ikkje i strid med hans prinsipielle syn på sameininga som ei reint folkerettsleg binding utan eit institusjonelt fellesskap.

4.5.5 Brestande føresetnader?

Som vi har sett, vurderte både Getz, Gjelsvik og Ibsen den svenske forfatningsendringa ut i frå sitt prinsipielle syn på unionen sin rettslege karakter. For dei var denne hendinga eit bevis på at bindinga mellom Noreg og Sverige var reint folkerettsleg, og at Noreg difor kunne opprette eit særskilt norsk utanriksstyre. Derimot valde dei å oversjå den norske høgresida sitt syn på utanriksstyret som ein nødvendig del av det unionelle fellesskapet. Dermed mista dei og sjansen til å stille spørsmål ved heile den rettslege bindinga mellom Noreg og Sverige. Som kjend la Morgenstjerne og den norske høgresida til grunn at eit felles utanriksstyre var ei nødvendig følgje av ei felles kongemakt. Statar som var sameinte under ein konge, måtte ha eit fellesskap på området

²⁷³ Getz 1903 s.732. Getz la til grunn ein ”historisk-kritisk redegjørelse” der han viste til ein konsekvent praksis av den norske regjeringa som gjekk ut på at ”*det ene land intet har at gjøre med det andet lands grundlov*”, s.736.

²⁷⁴ Getz 1903 s.738.

²⁷⁵ Getz 1903 s.739.

²⁷⁶ Sst.

for den eigentlege utanrikspolitikken. Dette var essensen i den folkerettslege bindinga mellom Noreg og Sverige. Det same synspunktet finn vi att blant det store fleirtalet i folkerettsteorien. Poenget var då at den felles kongen, også skulle styre dei sameinte rika sin utanrikspolitikk under eitt. Dersom den eine parten fjernar denne kompetansen frå kongen, og overfører den til parlamentet, så forsvinn heile grunnlaget for at utanrikspolitikken må være felles for partane. Sjølv om kongen framleis formelt skal fatte avgjerda i kvar sak, så er som nemnt initiativet og styringa i utanrikspolitikken gått over på parlamentet. For den andre parten vil dette framstå som ei vesentleg endring av fellesskapet, då kongen framleis rår over utanrikspolitikken til denne parten. Det er då berre den delen av utanrikspolitikken som kongen enno rår over, som er felles for partane. Etter 1885 var dette den norske utanrikspolitikken.

I eit slikt tilfelle er det naturleg så stille spørsmål om den svenske forfatningsendringa i 1885, var ei vesentleg endring av føresetnadene for unionen. I den samtidige folkeretten var det semje om at regelen *rebus sic stantibus* gav den eine parten rett til å gå frå sin traktatsplikter, dersom det hadde skjedd vesentlege endringar i føresetnadene for traktaten.²⁷⁷ Oppenheim påpeiker at ei endring i styresettet i ein stat, i seg sjølv ikkje kvalifiserer til bruk av regelen. Når derimot organiseringa av styresettet er ein vesentleg del av den rettslege bindinga, må ein derimot kunne stille spørsmål ved om ei slik endring kan legitimere bruk av regelen. Det er då påfallande at venstrejuristar som Sigurd Ibsen og Nikolaus Gjelsvik ikkje nemnte denne regelen. Sett i frå ein rettsleg ståstad ville dette ha vore naturleg. Derimot ville dette ha vore det same som å seie at unionen ikkje lenger var bindande for Noreg. Politisk kan difor ein slik påstand ha blitt vurdert som for belastande, og difor forkasta.

²⁷⁷ Oppenheim 1905 s.550-553.

5 Den tredje unionskomité og spørsmålet om unionen sin rettslege karakter

5.1 Innleiing

I 1895 tok ein frå svensk side initiativ til å finne ei løysing på konflikten mellom Noreg og Sverige, og internt i desse statane, som stamma frå det norske Venstre sitt krav om eit særskilt norsk utanriksstyre og konsulatvesen.²⁷⁸ Resultatet vart den tredje unionskomité, som vart skipa samme år. For denne framstillinga er komiteen sitt arbeide interessant, då den måtte ta stilling til ei rekkje av dei rettsspørsmåla vi har drøfta ovanfor. For det fyrste måtte komiteen ta stilling til det rettslege utgangspunktet i forholdet mellom Noreg og Sverige. For det andre måtte komiteen, på grunnlag av det nemnte utgangspunktet, ta stilling til partane sin rettslege stilling i ei sameining av denne typen. Kva var omfanget av bindinga? Og for det tredje måtte komiteen ta stilling til det norske Venstre sitt krav om eit særleg norsk utanriksstyre. Var dette mogleg innanfor rammene av sameininga? Dette var eit spørsmål om den framtidige organiseringa av unionen. Alle desse spørsmåla vart drøfta i større eller mindre grad av ein eller fleire av dei ulike fraksjonane i den tredje unionskomité.

Då den tredje unionskomité kom med si instilling 29. januar 1898 var denne kommisjonen delt ikkje berre etter nasjonaliteten til deltakarane, men og etter politiske skiljeliner.²⁷⁹ I alt delte komiteen seg i fire fraksjonar, som alle kom med sine forslag til løysing av konflikten mellom Noreg og Sverige rundt utanriksstyret og konsulatvesenet. Dei norske representantane delte seg i ei gruppe som bestod av Høire og Moderate Venstre sine representantar, og ei gruppe som bestod av Venstre sine representantar.²⁸⁰ Den svenske delegasjonen delte seg og, slik at dei to konservative professorane Alin og Trygger utgjorde mindretalet.

²⁷⁸ Kaartvedt 1995 s.350.

²⁷⁹ Dei norske representantane var Getz (formann), Schweigaard, Blehr, Thorne, Konow, Hansen og Løvland. Frå Sverige deltok v. Ehrenheim (formann), Sparre, Vult v. Steyern, Alin, Restadius, Trygger og Jonson.

²⁸⁰ Kaartvedt 1995 s.350.

5.2 Det rettslege utgangspunktet for unionen – det folkerettslege likskapsprinsippet

Føremålet med den tredje unionskomitéen var som det svenske fleirtalet formulerte det ”att så fullständigt som möjligt genomföra likställigheten inom unionen”.²⁸¹ Bakgrunnen for opprettinga av komiteen var den aukande norske misnøya med organiseringa av sameininga mellom Noreg og Sverige. Realiteten i unionskomiteen sitt føremål var då å reformere den unionelle organisasjonen generelt, og utanriksstyret og konsulatvesenet spesielt, slik at den faktiske organiseringa kom i samsvar med unionen sin rettslege karakter. For heile den norske delegasjonen, samt fleirtalet i den svenske, var utgangspunktet at unionen bygde på fullstendig jamstilling mellom Noreg og Sverige. Det svenske mindretalet med Alin og Trygger, hadde derimot det motsette utgangspunktet, nemleg at Sverige var *principes inter partes* i unionen, og at dette kunne forsvare dei eksisterande ulikskapane i rettar og plikter.²⁸²

Grunnlaget for jamstillinga mellom Noreg og Sverige var todelt. For det fyrste var begge partane suverene statar, og dermed likeverdige for folkeretten. I den klassiske folkeretten, som i dag, var likskapsprinsippet knytt til staten sin suverenitet.²⁸³ Likestillinga var ein konsekvens av statane sin suverenitet, som hindra at andre statar rådde over staten sitt territorium og folk. Følgjeleg var dei iallfall formelt på same rettslege nivå. For folkeretten var då alle suverene statar likeverdige.²⁸⁴ Som nemnt ovanfor var og er det folkerettslege likskapsprinsippet berre eit utgangspunkt. Som med statane sin suverenitet, kan ein gjere innhogg i prinsippet, og dermed i suvereniteten, gjennom traktatar. Gjennom avtale kan ein stat i ein statssamskipnad inneha ei forstilling overfor ein eller fleire andre statar i statssamskipnaden. Utgangspunktet er likevel fullstendig rettsleg likskap mellom statane, og det er unntak frå dette utgangspunktet som krev avtale. Det andre grunnlaget for statane si jamstilling i unionen, var at dette var ein føresetnad i sameiningsvilkåra. Det var altså ikkje gjort noko unntak

²⁸¹ 3. unionskomité s.101.

²⁸² 3. unionskomité s.131. Dette standpunktet bygde på Alin si lære om unionen sitt rettslege grunnlag bygd på Kieltraktaten av 1814. Sjå og drøftinga av Reuterskiöld ovanfor i kapittel 4.2.4.

²⁸³ Cassese 2001 s.88-91 kallar dette for ”the sovereign equality of states”.

²⁸⁴ Oppenheim 1905 s.161. Phillimore 1879 s.216-217. Liszt 1898 s.34.

frå likskapsprinsippet, men derimot ei stadfesting av dette i det konkrete rettslege grunnlaget for unionen.

Det var då og det norske fleirtalet si oppfatning ”at Gjennemførelsen af Ligestilletheden i Udenrigsstyrelsen er en Ret for Norge, der bør iværksettes for sig uden at sættes i Forbindelse med udenforliggende Emner”.²⁸⁵ Tanken var då at Sverige, til trass for større folkemengde og overlegne økonomiske og militære ressursar, reint formelt ikkje hadde krav på ei forstilling overfor Noreg etter folkeretten.²⁸⁶ Meir konkret medførte dette at Sverige i utgangspunktet ikkje hadde ei forstilling i unionen til trass for at landet var den største parten. Den eksisterande ordninga med bruk av det svenske utanriksstyret også for norske saker var, som ein konsekvens av dette synet, i strid med unionen sin rettslege karakter. Naturleg nok var det det norske mindretalet som var klarast av fraksjonane på dette punktet. Dei peikte på at ”Norge som en fuldt suveræn Stat indgik i Foreningen med Sverige”.²⁸⁷ I ei forlenging av det norske mindretalet sitt resonnement ligg oppfatninga om at to suverene statar i utgangspunktet stiller likt på den folkerettslege arenaen. Ved å hevde Noreg sin suverenitet alt før Mossekonvensjonen og opprettinga av Riksakta, kunne dei med folkeretten i ryggen krevje eit særskilt norsk utanriksstyre som eit utslag av Noreg og Sverige sin suverenitet: ”I Kraft af sin Selvstændighed maatte altsaa hvert Rige have sine særegne udenrigske Anliggender og de fornødne Organer til deres Varetagelse”.²⁸⁸ Føresetnaden for dette standpunktet var at det konkrete rettsgrunnlaget for sameininga ikkje sa noko anna. Eventuelle unntak eller føresetnader frå svensk side måtte gjerast i Riksakta då, ”Ved dennes Oprettelse tabte saaledes i hvert Fald alle tidligere Aftaler og Begivenheder sin Betydning som unionelle retskilder”.²⁸⁹ I fråvær av eit slikt unntak måtte ein leggje til grunn at partane var likestilte på grunn av sin suverenitet. Dermed hadde begge ein rett til å ordne sine utanrikssaker som dei ville.

²⁸⁵ 3. unionskomité s.12.

²⁸⁶ Sjå kapittel 3.2.

²⁸⁷ 3. unionskomité s.50.

²⁸⁸ 3. unionskomité s.50.

²⁸⁹ 3. unionskomité s.53.

Som nemnt ovanfor la det svenske mindretalet til grunn at Sverige var *principes inter partes* i unionen, altså at Sverige på visse områder hadde ei forstilling overfor Noreg.²⁹⁰ Til støtte for dette synet viste det svenske mindretalet mellom anna til at Riksakta ikkje inneheld noko prinsipp om likestilling mellom Noreg og Sverige.²⁹¹ Etter det som er sagt ovanfor, blir dette feil, då det nettopp er likskapsprinsippet som er utgangspunktet for den rettslege stillinga mellom suverene statar. Held ein derimot fast ved Kieltraktaten som det rettslege grunnlaget for sambandet mellom Noreg og Sverige, fører denne slik Alin tolka den til eit inngrep i Noreg sin suverenitet til fordel for Sverige. Såleis var det alt ved Kieltraktaten gjort unntak frå det folkerettslege likskapsprinsippet, i det ”*den rätt att så som sin egen leda äfven Norges yttre politik, som Sverige genom freden i Kiel hade erhållit, lemnade icke frå sig*”.²⁹² Med dette utgangspunktet hadde Alin og Trygger rett i at ei eventuell jamstilling mellom statane kravde heimel i Riksakta. Likevel var dette eit utgangspunkt dei ikkje delte med dei resterande medlemma av den tredje unionskomité, og dei tok konsekvensane av dette i forslaget dei kom med. Her la dei motvilleg til grunn jamstillingsprinsippet i det dei hadde ”*sökt att, bortseende från historiskt gifna rättigheter, gjennomföra likstallighetens grundsats*”.²⁹³

5.3 Omfanget av, og innhaldet i unionen

Utgangspunktet for det norske og det svenske fleirtalet sine forslag var som nemnt jamstillingsprinsippet: Noreg og Sverige var to sjølvstendige og suverene statar. Til trass for dette felles utgangspunktet var det usemje rundt oppfatninga av fellesskapet sin karakter og føremål. Dette skapte i sin tur usemje rundt den framtidige organiseringa av utanriksstyret og konsulatvesenet. Ei årsak til denne usemja skuldast nok ulike politiske oppfatningar og føremål; det rettslege standpunktet blir farga og styrt av det politiske standpunktet. Om ein så legg denne forklaringa til grunn, sit ein framleis att med ulike rettslege oppfatningar som til ei viss grad speglar dei ulike rettslege oppfatningane rundt

²⁹⁰ For ei meir utfyllande drøfting av dette synspunktet, sjå kapittel 4.2.4.

²⁹¹ 3. unionskomité s.132. Det svenske mindretalet viser til ei ytring frå tidlegare justitiestatsminister Louis de Geer.

²⁹² 3. unionskomité s.131.

²⁹³ 3. unionskomité s.146.

den såkalla realunionen i internasjonal folkerettsteori. Den vidare framstillinga tar då sikte på å gjere greie for dei ulike oppfatningane rundt den svensk-norske sameininga sin rettslege karakter i den tredje unionskomité. Her er det interessant å sjå på både komiteen si oppfatning av sameininga slik den var i 1814 og 1898, samt den rettslege realiteten i dei respektive forslaga til reformering av sameininga. Denne drøftinga må gjerast i lys av det som er sagt ovanfor om statar og statssamskipnader i folkeretten, og då særleg handlinga av realunionen som statssamskipnad i internasjonal folkerettsteori.²⁹⁴

5.3.1 Dei respektive fleirtala

Noko som alle dei fire fraksjonane i den tredje unionskomité var einige om, var at kongen var felles. Frå ein rettsleg ståstad reiser det seg likevel eit spørsmål om det rettslege innhaldet i dette fellesskapet. Når det gjaldt *”Rigernes udenrigske Anliggender”* fall desse etter det norske fleirtalet si meining i to hovudgrupper, *”nemlig de som ubetinget maa være fælles, saasom Krig og Fred, politiske Alliancer og alt, som dermed staar i Forbindelse, og de, som i sig selv er eller ialdfald kan være særskilte, saasom Handels- og Søfartstraktater, Postkonventioner og alt andet vedkommende det fredelige Samkvem mellem Staterne eller Folkene”*.²⁹⁵ Denne todelinga mellom det som ein rekna for den eigentlege utanrikspolitikken, typisk relatert til krig og fred, og anna mellomstatleg samkvem, finn vi att i den samtidige folkerettslege litteraturen. Det er dette vi omtalte som den andre hovudlina i folkerettsteorien i synet på einskildstatane si folkerettslege handleevne i ein realunion.²⁹⁶ Poenget var her at realunionen erstatta einskildstatane som folkerettssubjekt på området for den eigentlege utanrikspolitikken. Det norske fleirtalet kan her tolkast som eit uttrykk for dette synspunktet. På den andre sida var Bernhard Getz av ei prinsipielt ulik oppfatning i sine artiklar frå 1903.²⁹⁷ Legg ein Getz si suverenitetsoppfatning til grunn, må det norske fleirtalet tolkast slik at fellesskapet i krig og fred var eit faktisk, men ikkje eit rettsleg institusjonelt fellesskap. Som vi har sett ovanfor, meinte og Jellinek at partane i ein realunion i praksis ville

²⁹⁴ Sjå kapittel 3.

²⁹⁵ 3. unionskomité s.15.

²⁹⁶ Sjå kapittel 3.4.1.

²⁹⁷ Sjå kapittel 4.2.2 og 4.4.

opptre samla overfor andre statar, men som to separate rettssubjekt. Det var dette synspunktet Getz bygde på i 1903. Denne tolkinga vert styrka ved at fleirtalet ikkje gav uttrykk for rettslege motførestillingar mot to særskilte utanriksstyre, men la vekt på dei praktiske vanskane ved ei slik ordning. For det norske fleirtalet var det likevel tilstrekkeleg å påpeike at visse utanrikssaker måtte være felles, og at ein felles utanriksminister var mest praktisk for å trygge dette føremålet.

Det svenske fleirtalet la tilsvarande til grunn at den svensk-norske sameininga bygde iallfall på ei sameining i krig og fred i det dei uttaler at *”Föreningsfördraget mellan två stater, som förbundit sig till gemensamhet i krig och fred, kan ei få sakna en bestämmelse om begges pligt att efter förmåga bidra till gemensamt försvar mot yttre fiender”*.²⁹⁸ Det går ikkje tydeleg fram av samanhengen om denne karakteristikken gjeld det totale omfanget av unionen, eller om det er meint å dekkje krig og fred som ein isolert del av unionsforholdet. Av dei to fleirtala sin konklusjon i spørsmålet om utanriksstyret, kan det derimot tyde på at det er den fyrstnemnde tolkinga som samsvarar med det svenske fleirtalet sitt syn på omfanget av sameininga. Både det norske og det svenske fleirtalet gjekk nemleg inn for ein felles utanriksminister, av norsk eller svensk nasjonalitet, men utan felles representasjon i form av eit mellomstatleg utanriksdepartement. Dette standpunktet, som kom i ei mellomstilling i unionskomiteen, gjekk rett nok inn for å utvide den mellomstatlege bindinga ved å institusjonalisere utanriksministerposten som ein felles unionell embetsmann. Likevel var det nokså restriktivt med tanke på mellomstatleg organisering då det gjekk i mot å opprette eit felles folkevald organ i form av eit unionsparlament, ein kongress med lik representasjon eller bruk av delegasjonar.

Det følgjer implisitt av både det norske og det svenske fleirtalsforslaget at ein ønskte å avgrense ei institusjonalisering av det mellomstatlege samkvetmet i størst mogleg grad, men at ein likevel ville unngå ei fullstendig oppsplitting av utanriksstyret. Dette inntrykket blir særleg styrka ved at dei begge ser på det norske mindretalet si løysing med to separate utanriksministrar som praktisk umogleg å gjennomføre, samstundes

²⁹⁸ 3. unionskomité s.106.

som det norske fleirtalet går i mot alle former for felles representasjon av folkevalde.²⁹⁹ Den reserveerte haldninga til felles institusjonar ut over kongemakta tyder på at begge fleirtala oppfatta unionen som avgrensa til kongemakta og fellesskap i krig og fred. Eit eventuelt institusjonelt fellesskap var då avgrensa til desse områda.

Til det som er sagt ovanfor, må eg presisere at det ikkje var avgjerande for Noreg og Sverige si rettslege stilling kva ein i folkerettsteorien sa om desse statane si rettslege handleevne overfor andre statar. Det avgjerande var her det underliggjande rettsgrunnlaget for sameininga, mellom anna Riksakta. Folkerettsteorien er fyrst og fremst interessant på det prinsipielle spørsmålet om dei rettslege verknadene av å avtale ei felles kongemakt. Her vil statssuvereniteten, som eit teoretisk omgrep, sette skrankar for einskildstatane si rettslege handleevne overfor andre statar. Eit av spørsmåla blir om fellesskap i krig og fred er ei nødvendig følgje av ei felles kongemakt, og om felles utanriksrepresentasjon dermed er nødvendig på dette området. Denne meir prinsipielle problemstillinga igjen kunne få følgjer for tolkinga av rettsgrunnlaget for den svensk-norske unionen.

Fleirtala sine forslag om ein felles utanriksminister og felles utanriksdepartement tyder på at dei og oppfatta utanriksrepresentasjonen for å være omfatta av fellesskapet i krig og fred.³⁰⁰ Dette var eit spørsmål om Noreg og Sverige hadde rett til særskilt utanriksrepresentasjon. Utgangspunktet var jo at alle suverene statar hadde såkalla gesandtskapsrett i kraft av sin suverenitet. Derimot kunne ein stille spørsmål ved dette utgangspunktet ved dei ulike formene for statssamband, då einskildstatane sin suverenitet her kunne variere. I folkerettsteorien meinte mellom andre Liszt at det var realunionen, som folkerettssubjekt, som hadde gesandtskapsretten i denne typen statssamskipnad.³⁰¹ På den andre sida erkjente Liszt, som vi har sett ovanfor, at einskildstatane i ein realunion i visse tilfelle kunne opptre som folkerettssubjekt. Såleis

²⁹⁹ Felles representasjon av folkevalde var og eit vesentleg norsk ankepunkt ved forslaget til den andre unionskomité, Kaartvedt 1995 s.307. Dette skuldast frykta for ein tettare union.

³⁰⁰ Den svenske fleirtalsinstillinga var nokså knapp i høve til desse prinsipielle spørsmåla, og dette er årsaka til at den følgjande drøftinga i hovudsak rettar seg mot den norske fleirtalsinstillinga.

³⁰¹ Liszt 1898 s.73.

skulle det ikkje være noko i vegen etter Liszt sin logikk, at einskildstatane hadde diplomatisk representasjon utanfor det området for den eigentlege utanrikspolitikken.

For det norske fleirtalet i den tredje unionskomité var det ei vesentleg innvending mot særskilte utanriksministrar, at denne kunne føre til ei eventuell oppsplitting av den diplomatiske representasjonen. Ei slik ordning ville ”*udgjøre en Nydannelse paa den internationale Rets Omraade*” så lenge partane hadde eit fellesskap i krig og fred.³⁰² Dobbelt diplomatisk representasjon var då, etter det norske fleirtalet sitt syn, i strid med sameininga sitt føremål. Dei tilfella med dobbelt representasjon ein kjende til frå folkeretten ”*har da alene levet i en tilfældig Forening og ikkje havt sin almindelige Politikk fælles, men ogsaa været indbyrdes uafhængige med Hensyn til Krig og Fred*”.³⁰³ Fleirtalet viste her til dei såkalla personalunionane, der fellesskapet i kongen bygde på ei tilfeldig hending utan rettslege bindingar, i motsetnad til realunionen som bygde på avtale. Fleirtalet viste til at i dei tilfella der partane i eit statssamband hadde eit rettsleg fellesskap i krig og fred, hadde dei særskilte diplomatane ”*en indskrænket Competence og er alene befuldmægtigede med Hensyn til de Anliggender, der ikkje angaar den almindelige Politik*”.³⁰⁴ Med dette viste dei til at sondringa mellom saker innanfor den eigentlege utanrikspolitikken sitt område, og andre utanrikssaker, fekk følgjer for utanriksrepresentasjonen, i tillegg til å bestemme partane si rettsstilling overfor andre makter. Det norske fleirtalet såg altså felles utanriksrepresentasjon som ei nødvendig rettsleg følgje av ein felles konge.

Den typen statssamband fleirtalet tenkte på her, var truleg det såkalla statsforbundet. Eit døme på statssamband av denne typen var Det tyske forbundet mellom 1815-1866. Statsforbundet var eit statssamband der føremålet som eit minimum var felles forsvar. Einskildstatane i statsforbundet var fullt suverene statar. Liszt viser til artikkel 113 i den tyske forfatning av 1815, der statane forplikt seg til ikkje å handle i mot føremålet med statsforbundet.³⁰⁵ Dette meinte han, gav statsforbundet rett til diplomatisk representasjon innanfor forbundsføremålet. Også i den tyske føderasjonen som avløyste Det tyske forbundet i 1871 hadde delstatane ein viss diplomatisk representasjon parallelt med den føderale

³⁰² 3. unionskomité s.20.

³⁰³ Sst.

³⁰⁴ 3. unionskomité s.21.

³⁰⁵ Liszt 1898 s.24.

representasjonen. Den delstatlege representasjonsretten var, i følgje Liszt, negativt avgrensa av føderasjonen sitt føremål og kompetanse.

5.3.2 Det norske fleirtalet sitt syn på unionen sin rettslege karakter, sett i høve til Getz sitt individuelle standpunkt

Som nemnt ovanfor var riksadvokat Bernhard Getz formann for den norske delegasjonen i den tredje unionskomité. Han var og ein del av det norske fleirtalet. Ovanfor har vi behandla Getz sitt syn på unionen sin rettslege karakter i artikkelen ”Retsforholdet mellem Norge og Sverige”. Eit vesentleg poeng for Getz i denne artikkelen, var å vurdere sambandet mellom Noreg og Sverige ut i frå det korrekte rettslege grunnlaget, nemleg folkeretten. Etter folkeretten, meinte Getz, var det klart at både Noreg og Sverige var *”to helt uafhængige og selvstændige stater, som i kraft af sin suverænitet ordner sit ved deres fælles konge opkomne mellemværende”*.³⁰⁶ Unionen var då, etter Getz sitt syn, eit reint folkerettsleg fenomen. Dette var utgangspunktet for heile den norske delegasjonen og det svenske fleirtalet. Konsekvensen av dette utgangspunktet formulerte Getz slik i sin artikkel: *”En følge heraf er det, at unionen ingen ny institution skaber, men alene regler for samarbejde mellem landenes allerede bestaaende grundlovmæssige, særskilte institutioner. Først og fremst da intet nyt kongedømme, intet unionskongedømme, men alene regler for samvirken i de tilfælde, hvor kongen samtidig optræder baade som norsk og som svensk konge. Intet nyt, unionelt statsraad, men alene regler for sammentræde af norsk og svensk statsraad”*.³⁰⁷ Sameininga sitt innhald var då i følgje Getz ei mellomstatleg avtale, der det statsrettslege fellesskapet var avgrensa til kongen og eventuelle forfatningsendringar som var ei nødvendig følge av felles konge. I ein slik union, kunne Noreg opprette eit særskilt norsk utanriksstyre parallelt med det svenske.

Utgangspunktet for det norske fleirtalet var det same som Getz gjorde greie for i sin artikkel, nemleg at utanriksstyret etter den norske grunnlova §26 sitt vedkomande var lagt til Kongen personleg: *”Fastholder man denne Opfatning, der vistnok ogsaa er den baade med Retskilderne og med Praxis, navnlig saaledes som denne er givet Udtryk i*

³⁰⁶ Getz s. 1903 684.

³⁰⁷ Getz s. 1903 684-685.

Resolutionen af 1835, bedst stemmende, og gaar man i Henhold til den fra, at de norske Udenrigsanliggender nu ved den norske Grundlov ganske er overladt Kongens personlige Ledelse, og at det er med Hjemmel af denne Ordning og i Overenstemmelse med dens Hensigt, han nu som sin Hjælper benytter den svenske Udenrigsminister, da ligger vistnok i dette Forhold paa den ene Side intet ulovligt eller overhovedet illoyalt og paa den anden Side intet i Strid med Bevarelsen af Norges fulde Souverænitet".³⁰⁸ At kongen då valde å bruke den svenske utanriksministeren som sin representant, var då ikkje ei innskrenking av Noreg sin suverenitet, men derimot "*et Udslag af norsk Souverænitet*". Det at kongen nytta det svenske utanriksstyret og den svenske utanriksministeren ved behandlinga av utanrikssaker, var difor ikkje eit uttrykk for manglande norsk suverenitet, men eit utslag av den personlege kongemakta etter Grunnlova §26.

Dette utgangspunktet var i samsvar med situasjonen slik den var i 1814 og i den fyrste tida i unionen. Då komiteen kom med si instilling i 1898 hadde både Noreg og Sverige utvikla seg i retning av konstitusjonelle monarki, der den personlege kongemakta spelte ei stadig mindre rolle. Den norske grunnlova sine føresegner om Kongen si personlege kompetanse i utanriksspørsmål var då, i følge det norske fleirtalet, ein anakronisme. Som vi har sett ovanfor, var det og slik i Sverige, og denne tilstanden vart formalisert ved den ovanfor nemnde forfatningsendringa i 1885. Det norske fleirtalet innsåg denne realitetsendringa i utanriksstyret, då dei omtalte det eksisterande utanriksstyret som "*Herved er tilslut Sagernes Overladelse til den norske Konge i Virkeligheden bleven noget nær enstydig med deres Overladelse til en svensk Minister, der kommer og gaar efter særlige svenske parlamentariske Hensyn*".³⁰⁹ Fleirtalet påpeikte at dette i seg sjølv var ein grunn til å få i stand eit formalisert utanriksstyre bygd på jamstillingsprinsippet, og til trass for at den eksisterande ordninga var "*et Udslag af norsk Souverænitet*", måtte denne "*fremstille sig som et Bevis paa Norges sekundære Stilling og saaledes fremkalde en urigtig Opfatning af dets unionelle Forhold*".³¹⁰ Det norske fleirtalet si

³⁰⁸ 3. unionskomité s.14.

³⁰⁹ 3. unionskomité s.14.

³¹⁰ 3. unionskomité s.14.

løysing var som nemnt ein felles utanriksminister og felles utanriksdepartement, men utan eit vidare fellesskap i folkevald representasjon.

I denne samanhengen er det interessant å trekke fram det standpunktet det norske og svenske fleirtalet, og dermed Getz, tok i spørsmålet om den framtidige organiseringa av utanriksstyret. I høve til Getz sin konklusjon i den nemnte artikkelen, medførte dei to fleirtala si instilling ei utviding av det institusjonelle samkvemmet i unionen. Den felles utanriksministeren vart då ein felles mellomstatleg institusjon saman med kongen. I høve til Getz si individuelle oppfatning ville dette ha medført ei avgrensing av Noreg sin suverenitet, då statar i kraft av sin suverenitet i utgangspunktet har rett til eit eige utanriksstyre. Sjølv om forslaget ikkje gjekk inn for felles representasjon av folkevalde, var likevel ei oppretting av eit felles utanriksdepartement med ein felles utanriksminister i spissen, eit inngrep i einskildstaten si statsrettslege sfære. Ein slik statssamskipnad vil utfordre Getz sin påstand om at *”foreningen ikke er af statsretlig, men alene af folkeretlig art”*.³¹¹ Så lenge fellesskapet var avgrensa til eit fellesskap i kongen sin person, hadde Getz rett i at sameininga ikkje var av statsrettsleg karakter. Kongen fatta då avgjersle i utanrikssaker i kraft av å være høvesvis norsk konge og svensk konge. Formelt sett var då utanriksstyret særskilt for Noreg og Sverige. Det rettslege fellesskapet var då heller ikkje vidare enn nødvendig for dette personfellesskapet. Felles organisering av statsstyret ligg derimot i kjernen av eit statssamband av statsrettsleg karakter. Rettsgrunnlaget for utanriksstyret finn vi i konstitusjonen; eit institusjonelt fellesskap i utanriksstyret vil då være av statsrettsleg karakter.

5.3.3 Dei respektive mindretala

Som vi har sett var både det norske og det svenske fleirtalet nokså tilbakehaldne med å uttale seg om den svensk-norske statssamskipnaden sin rettslege karakter utover jamstillingsprinsippet. Dei to mindretala gjekk derimot lengre i å gjere greie for statssamskipnaden sin rettslege karakter, og dermed det rettslege forholdet mellom

³¹¹ Getz. 1903 s.683. Getz sin påstand er sjølvsaagt retta mot unionen slik den var, og ikkje slik den ville ha framstått etter ein eventuell revisjon av sameiningsvilkåra.

Noreg og Sverige. Det svenske mindretalet la vekt på at ei sameining bygd på jamstillingsprinsippet, måtte og medføre likskap i plikter. Dersom likskap i utanriksstyret skulle institusjonaliserast, måtte til dømes Noreg yte meir til det felles forsvaret av unionspartnarane. Eit felles utanriksministerembete *”innebär i sig sjelft intet, som är oförenligt med unionens idé”*.³¹² Derimot var det svenske mindretalet av den oppfatninga at to særskilte utanriksministrar, ein norsk og ein svensk, var *”oförenligt med den nuvarande riksaktens uttryckliga bestämmelser”* og stod *”i så bestämd motsats till unionens grundprincip, att desse genomförande i verkligheten skulle vara liktydigt med unionens upplösning”*.

Det norske mindretalet gjekk derimot imot eit institusjonelt fellesskap i utanriksstyret. Ei slik løysing meinte mindretalet var ein *”Krænkelse av Rigernes Selvstændighed og konstitutionelle Garantier”*.³¹³ Statane sin suverenitet og forfatning sperra etter mindretalet si meining for eit utvida institusjonelt fellesskap mellom Noreg og Sverige. Dette var i samsvar med ei nokså vanleg oppfatning på den norske venstresida i politikken; ei eventuell utviding av fellesskapet med Sverige var i strid med Noreg si stilling som suveren stat.³¹⁴ Sett i høve til suverenitetsteorien i folkeretten, er denne oppfatninga nokså rigid, i det suverenitet i folkerettsteorien var eit fenomen som i ulik grad låg til statane. Som vi har sett ovanfor, kunne graden av suverenitet variere etter statane sine plikter overfor andre statar. Grensa mellom fullt suverene statar og statar som av ulike grunnar ikkje vart rekna som fullt ut suverene, var eit spørsmål om staten var avhengig eller underlagt ein annan stat.³¹⁵ Derimot var det ikkje slik at eit kvart inngrep i staten sin suverenitet medførte ei krenking av statusen som suveren stat. Deltaking i eit statssamband kunne til dømes gripe inn i einskildstaten sin suverenitet i ulik grad. Eit slikt inngrep i suvereniteten medførte ikkje nødvendigvis at partane i statssambandet mista statusen som suverene statar. Om realunionen sin rettslege karakter sa Oppenheim i 1905: *”A Real Union is not a State of its own, but merely a union of two full Sovereign States which together make one single, but composite*

³¹² 3. unionskomité s.142. Dei to følgjande sitata er frå samme side og kontekst.

³¹³ 3. unionskomité s.77.

³¹⁴ Sjå kapittel 4.2.2 og 4.3.5.

³¹⁵ Liszt s.30-31. Oppenheim s.103

International Person”.³¹⁶ Det norske mindretalet si haldning til suverenitetsomgrepet tyder på at dei reknar eit kvart inngrep i Noreg sin suverenitet, som ei krenking av Noreg som ein sjølvstendig stat, og som ein trussel mot dette sjølvstendet. Dette synspunktet var som vi har sett ovanfor ikkje ukjend i den samtidige folkerettsteorien. Oppfatninga av suverenitet som eit udeleg fenomen har røter tilbake til naturretten.³¹⁷ Om det norske mindretalet sitt standpunkt skuldast ei slik prinsipiell rettsoppfatning, går ikkje fram av forslaget. Det som derimot er klart, er at dette synet på suverenitet, utan omsyn til om grunngevinga var rettsleg eller politisk, stemte godt med føremålet til det norske mindretalet: Å få eit særskilt norsk utanriksstyre.

Etter det norske mindretalet sitt syn, var hovudføremålet med sameininga ”*Forsvaret af den skandinaviske Halvøs Integritet*”,³¹⁸ altså eit fellesskap i krig og fred. Rettsgrunnlaget for sameininga var Riksakta, og det var i frå denne traktaten mindretalet utleia føremålet og omfanget av sameininga. Dette føremålet var etter mindretalet si meining, ikkje til hinder for at ”*hvert Land som et baade indad og udad suverænt Rige optraadte som en selvstændig folkeretslig Personlighed i de udenrigske Anliggender*”.³¹⁹ Såleis var det ikkje noko i vegen for at Noreg og Sverige hadde særskilte utanriksstyre, med kvar sin utanriksminister. Fellesskapet i krig og fred vart ordna gjennom den felles kongen, som var tillagt retten til å slutte krig og fred i begge statane. I desse tilfella ville den felles kongemakta sørgje for ”*den samme politiske Optraeden udad*”.³²⁰

Spørsmålet blir då kva eit fellesskap i krig og fred omfattar, og om Noreg og Sverige i desse sakene opptre som eitt folkerettssubjekt, eller som to særskilte rettssubjekt. Det norske mindretalet, som det norske fleirtalet, la seg her på det som ovanfor er karakterisert som den andre hovudlina i folkerettsteorien om dette spørsmålet.³²¹ Denne retninga opna som kjend for at partane i ein realunion kunne opptre som særskilte

³¹⁶ Oppenheim s.127.

³¹⁷ Oppenheim s.103-108.

³¹⁸ 3. unionskomité s.54.

³¹⁹ Sst.

³²⁰ Sst.

³²¹ Sjå kapittel 3.4.1.

folkerettssubjekt i saker utanfor området for den eigentlege utanrikspolitikken.³²² Det norske mindretalet nyttar denne distinksjonen av utanrikssakene ved fleire samanhengar. Såleis ligg det nær å gå ut i frå at den eigentlege utanrikspolitikken, etter mindretalet sitt syn, var ein del av det rettslege fellesskapet mellom Noreg og Sverige, medan andre typar samkvem med framande makter fall utanfor sameininga sitt føremål. Det var nettopp føremålet med sameininga som avgrensa det utanrikspolitiske fellesskapet. Eit aktuelt spørsmål i denne samanhengen, var om ei felles behandling av den eigentlege utanrikspolitikken nødvendiggjorde ein felles utanriksrepresentasjon. Etter det norske mindretalet sitt syn, hadde retten til ein særskilt utanriksrepresentasjon sitt rettslege grunnlag i det at *”hvert af de forenede Riger som før nævnt optræder i det europæiske Statssamfund som selvstændige folkeretslige Personligheder, uden Hensyn til Fællesskabet i Statsoverhoved”*.³²³ Med andre ord hadde ein rett til utanriksrepresentasjon i eigenskap av å være ein suveren stat. Som vi har sett ovanfor, var det norske mindretalet av den oppfatninga at sameininga var bygd på eit felles forsvar og trygging av Noreg og Sverige sin integritet, altså eit fellesskap i krig og fred. Som ein konsekvens av dette, meinte mindretalet, måtte ei felles behandling av utanrikssaker være avgrensa til *”de vistnok sjelden indtræffende Tilfælde, hvor en Forhandling mellem en fremmed Magt og et enkelt af Rigerne truer med at antage en konfliktartet Karakter”*.³²⁴ Så lenge området for den eigentlege utanrikspolitikken var definert slik, var ikkje fellesskapet i krig og fred til hinder for at Noreg og Sverige hadde særskilt diplomatisk representasjon, og dermed ikkje til hinder for eit fellesskap i utanrikspolitikken som bygde på to utanriksministrar.

Omfanget av eit fellesskap i krig og fred, var etter mindretalet sitt syn, avgrensa gjennom sameiningsvilkåra til å være eit rettsleg fellesskap, og ikkje eit institusjonsfellesskap. Ei løysing med to særskilte utanriksministrar utan noko form for

³²² Liszt s.24-25 nemner handels- og utleveringstraktater som saker utanfor den eigentlege utanrikspolitikken.

³²³ 3. unionskomité s.85.

³²⁴ 3. unionskomité s.80. Dette kom i samband med forslaget om to særskilte utanriksministrar. Det kom då som eit forsvar mot den innvendinga som gjekk ut på at to utanriksministrar, i motsetnad til ein felles utanriksminister, ville kunne føre til at partane kvar for seg førte ein utanrikspolitikk i strid med sameininga sitt føremål.

felles utanriksrepresentasjon var då best i samsvar med det opphavlege unionsføremålet. Såleis unngikk mindretalet det som etter mindretalet si oppfatning ville ha vore eit inngrep i staten sin suverenitet. I staden var den eksisterande ordninga med *”fælles Udøvelse af Souverenitetsrettigheder, som det indgaaende Fællesskab i Krig og Fred forudsætter, kommer i Foreningsvilkaarene til Udtryk gjennom Tronernes Forening hos den samme Person og forøvrigt blot som et internt statsretligt Forhold Rigerne imellem”*.³²⁵

Når det gjaldt omfanget av fellesskapet i kongen, viste mindretalet til at *”Efter den korrekte Opfatning maa Kongen, naar han fatter en for begge Riker fælles Beslutning om deres politiske Forhold udad, antages samtidig at optræde som norsk Konge og som Svensk Konge, idet de to særskilte Regentpersonligheder er forenede hos den samme Person”*.³²⁶ Mindretalet såg dette som uttrykk for *”den Riktige Opfatning af Statsforbindelsers retlige Karakter”*, og viste til det ovanfor omtalte verket *”Die Lehre von den Staatenverbindungen”* av Georg Jellinek.³²⁷ Det er då ikkje overraskande at det norske mindretalet og fleirtalet var samde i oppfatninga av sameininga sin rettslege karakter. Som vi har sett ovanfor, støtta og Bernhard Getz seg til Jellinek sitt verk i sin artikkel om den svensk-norske sameininga.³²⁸ Som riksadvokat og formann av den norske delegasjonen, er det ikkje utenkeleg at fleirtalet sitt standpunkt i dette spørsmålet i hovudsak kjem frå Getz.

Det faktum at vi finn Jellinek sitt arbeid som grunnlag for både det norske fleirtalet og mindretalet sitt syn på sameininga sin rettslege karakter, viser iallfall to ting. Det eine er eit vitnesbyrd om Jellinek sin status i folkerettsteorien, og at han gjennom dette får innverknad i ei konkret sak som den svensk-norske unionskonflikten. Det andre er at, til trass for den til tider sterkt politiserte argumentasjonen i den tredje unionskomité, ligg det eit rettsleg overtyding i botn, og denne overtydinga har sitt grunnlag i internasjonal folkerettsteori. Det var fyrst og fremst på det prinsipielle planet, i spørsmålet om

³²⁵ 3. unionskomité s.78.

³²⁶ 3. unionskomité s.78 note 1 i samband med sitatet ovanfor.

³²⁷ 3. unionskomité s.78. Det norske mindretalet viser til Jellinek 1882 s.211-212.

³²⁸ Getz 1903 s.685-686 og 688-689.

statssuverenitet, Jellinek skilte seg ut i høve til den øvrige folkerettsteorien. I praksis var det ikkje så stor skilnad mellom Jellinek sin realunion og den øvrige folkerettsteorien. I ei konflikt som den mellom Noreg og Sverige, fekk derimot dei prinsipielle sidene ved folkerettsteorien større vekt enn dei truleg ville ha fått under andre omstender.

6 Avslutning

I denne framstillinga har eg forsøkt å vise at den svensk-norske unionsdebatten kring utanriksstyret, vart ført etter mønster frå den internasjonale folkerettsteorien. Med dette har vi sett at mykje av dei same problemstillingane ein drøfta i teorien, faktisk var aktuelle i striden mellom og innbyrdes i Noreg og Sverige.

Ser vi på folkerettsteorien si behandling av statssamskipnader generelt, var føremålet å avgjere den folkerettslege stillinga til statssamskipnadene og medlemsstatane. Her vart vi konfrontert med statssuvereniteten si rolle i vurderinga av innhaldet i, og følgjene av, ei permanent sameining mellom to eller fleire statar. Ulike oppfatningar av statssuvereniteten førte då til usemje ved vurderinga av statssamskipnadene si stilling i folkeretten, samt andre konsekvensar av at to eller fleire statar gjekk saman i ein statssamskipnad.

I unionsdebatten kom denne meiningsskilnaden inn ikkje berre i spørsmålet om dei folkerettslege følgjene av unionen, men og ved vurderinga av omfanget av sameininga. Folkerettsteorien var nokså samstemt i synet på at eit visst institusjonelt fellesskap i utanriksstyret var ei nødvendig følgje av eit traktatfesta fellesskap i kongen. Dette synet møtte motbør frå den norske venstresida på grunnlag av at dette var i strid med Noreg sin suverenitet. Rettsleg sett kviler dette standpunktet noko svakt grunnlag, då ein i folkeretten på denne tida synest å ha akseptert at statane kunne overføre delar av sin ytre suverenitet til eit mellomstatleg organ, utan at dette fekk følgjer for desse statane sin status som suverene statar. Dette var likevel uakseptabelt for den norske venstresida. Den politiske målsetjinga var for desse eit særskilt norsk utanriksstyre. Rettsleg legitimitet for dette målet fann dei i "Die Lehre von den Staatenverbindungen", der Georg Jellinek forkasta delinga av statssuvereniteten. Denne var absolutt og udeleg. Sjølv om også Jellinek meinte at Noreg og Sverige i praksis måtte ha ein felles utanrikspolitikk, så sette den udelege statssuvereniteten skranker for eit kvart

institusjonelt fellesskap mellom partane. Følgjeleg skulle Noreg i prinsippet ha sitt eige utanriksstyre. I unionsdebatten var desse prinsipielle følgjene av suvereniteten tilstrekkeleg for å hevde Noreg sin rett til særskilt utanriksstyre.

I ettertid synest Jellinek si oppfatning av statssuvereniteten noko anstrengt. Jellinek meinte og i ytterste konsekvens at folkerettslege reglar i seg sjølv ikkje var rettsleg bindande for statane. Dette var fordi ei kvar rettsleg binding av statsviljen var i strid med staten sin suverenitet. Såleis var folkerettslege reglar og plikter berre moralsk bindande. Når ein i unionsdebatten la til grunn Jellinek sitt syn på realunionen, så la ein i realiteten til grunn ei lære som gjekk ut på at folkeretten i seg sjølv ikkje var bindande for statane. Dette synet på folkeretten delte neppe Getz og Gjelsvik, sjølv om dei eksplisitt viste til Jellinek si suverenitetsoppfatning då dei skulle gjere greie for Noreg si rettslege stilling.³²⁹ Når ein likevel støtta seg til Jellinek, skuldast dette både Jellinek sin autoritet i samtida, men kanskje viktigare att han var ein av dei få som oppfatta statssuvereniteten på denne måten. Dette er eit døme på at politikken la føringar på dei rettslege vurderingane i unionsspørsmålet.

Etter den rådande positivistiske metoden skulle ein ha sett til statspraksis når ein vurderte Noreg si folkerettslege stilling. Som Aubert påpeikte, så opptredde Noreg og Sverige som ei makt ved alle politiske traktatar, medan dei handla separat ved visse handelstraktatar. Dette la ein og til grunn elles i folkerettsteorien, utan å problematisere eit slikt fellesskap ut i frå teoretiske oppfatningar om statssuvereniteten. Jellinek gjorde det motsette ved å definere statane og statssamskipnadene si stilling ut i frå ei teoretisk oppfatning av suverenitetsomgrepet. Denne omgrepsjurisprudensen vart sterkt kritisert i samtidig og seinare folkerettsteori.³³⁰ I ettertid ser vi at det var i strid med den samtidige positivistiske metoden i folkeretten å byggje på den absolutte statssuvereniteten i høve til statssamskipnadene si folkerettslege stilling.

³²⁹ Gjelsvik 1918 s.14-20 tar eksplisitt avstand frå dei som meinte at folkeretten ikkje oppfylte vilkåra for ei rettsdanning. Han seier likevel som Jellinek, at folkeretten sin bindande karakter i stor grad byggjer på eit moralsk grunnlag.

³³⁰ Oppenheim s.103-108. Akehurst 1997 s.18.

Den strenge klassifiseringa ein gjorde på 1800-talet av dei ulike folkerettssubjekta høyrer historia til. Dette skuldast ikkje berre at realunionen, personalunionen og det klassiske statsforbundet har forsvunne frå den folkerettslege arenaen, men og fordi denne inndelinga ikkje lenger stemmer med dei faktiske forholda i statssamfunnet. På same måte som ein i tida etter freden i Westfalen måtte revurdere oppfatninga av statssuvereniteten, måtte den tradisjonelle klassifiseringa av statssamskipnader revurderast etter som statane skipa einingar som vanskeleg kunne plasserast i det etablerte systemet. Ein jurist på 1800-talet ville truleg ha definert dagens Europeiske Union som ein forbundsstat, og medlemsstatane som halv-suverene delstatar. Til trass for dei overnasjonale elementa i EU, definerer vi likevel medlemsstatane som suverene statar. Like fullt opptrer EU som eit særskilt rettssubjekt overfor andre statar. Dagens oppfatning av statssuverenitet er såleis langt meir pragmatisk enn det suverenitetsomgrepet vi har drøfta i denne framstillinga. Dette dømet viser likevel at oppfatninga av den delelege statssuvereniteten framleis er i samsvar med realitetane, noko det absolutte suverenitetetomgrepet ikkje var.

Når ein i ettertid ser på unionsdebatten kring utanriksstyret, er det til trass for det som er sagt ovanfor, vanskeleg å peike på ei av dei omtalte rettsoppfatningane som meir riktig enn dei andre. Like lite som den norske venstresida kunne forklare Noreg og Sverige sin faktiske opptreden som eitt folkerettssubjekt, så kunne den norske høgresida heller ikkje gi ei fullgod forklaring på det eigentlege rettsgrunnlaget for dei unionelle fellesinstitusjonane. I den norske og svenske unionsdebatten, som i den internasjonale folkerettsteorien, var den folkerettslege suverenitetsteorien meir blendande enn rettleiande. Som Michael Akehurst seier om suverenitetsomgrepet: *”it is doubtful whether any single word has ever caused so much intellectual confusion and international lawlessness”*.³³¹ Når alt kom til alt var ikkje dei rettslege løysingane avgjerande for utfallet av unionsstriden. Kampen om utanriksstyret og konsulatvesenet var fyrst og fremst ein politisk kamp, sjølv om argumentasjonen i stor grad var rettsleg. Dette inntrykket sit ein og att med etter å ha lest dei samtidige rettsvitskaplege arbeida om dette emnet.

³³¹ Akehurst 1997 s.17.

Litteraturliste

Folkerettsleg og unionsrelatert litteratur

ALIN, Oscar. Den svensk-norska unionen, 1889.

ALIN, Oscar. I Utrikesministerfrågan. Stockholm, 1894.

AKEHURST, Michael. Akehurst's modern introduction to international law. Seventh revised edition, by Peter MALANCZUK. London, New York, 1997.

ANNERS, Erik. Den europeiske rettens historie. Oslo, 1995.

ASCHEHOUG, T. H. Den Nordiske Statsret. Kjøbenhavn, 1885.

ASCHEHOUG, T. H. Noregs nuværende Statsforfatning, bind I. Christiania, 1891.

ASCHEHOUG, T. H. Noregs nuværende Statsforfatning, bind II. Christiania, 1892.

AUBERT, Ludvig Maribo Benjamin. Norges folkerettslige Stilling. Kristiania, 1897.

AUSTIN, John. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. London, 1885.

BLUNTSCHLI, J. C. Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt. Nördlingen, 1868.

CASSESE, Antonio. International Law. 1st edition. Oxford, 2001.

CASTBERG, Frede. Juridiske stridsspørsmål i Norges politiske historie. Oslo, 1971.

DANIELSEN, Helge. "Rakrygget og selvtilidsfuldt Fædrelandssind" – Om holdninger til det nasjonale i Aftenpostens redaksjonsmiljø i siste del av unionstiden. KULTs skriftserie nr. 77. Oslo, 1997.

DANIELSEN, Rolf. Det Norske Storting gjennom 150 år, bind 2. Oslo, 1964.

GETZ, Bernhard. Juridiske Afhandlinger. Kristiania, 1903.

GJELSVIK, Nikolaus. Flagspørsmålet. Ringeren, 1899 s. 340-344, 353-355.

GJELSVIK, Nikolaus. Lærebok i folkerett. Oslo, 1915.

GREWE, Wilhelm G. The epochs of international law. Berlin & New York., 2000.

HAGERUP, Francis. Tidsskrift for Retsvidenskab 1915 s. 139-177.

HAGERUP, Francis. Folkerett i fredstid. Fullført på bakgrunn av Hagerup sitt manuskript av Thorvald Boye. Oslo, 1932.

HEFFTER, August Wilhelm. Das Europäische Völkerrecht in der Gegenwart. Berlin, 1867.

HERMANN, Florian. Das Standardwerk. Franz von Liszt und das Völkerrecht. Frankfurt am Main, 2001.

HOLTZENDORFF, F. v. Den europæiske folkerett, oversett av F. Hagerup. Kristiania, 1885.

HÖJER, Nils. Stasförbundet mellan Sverige och Norge. Visby, 1885.

IBSEN, Sigurd. Unionen. Høvik, 1891.

JELLINEK, Georg. Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien, 1880.

JELLINEK, Georg. Die Lehre von den Staatenverbindungen. Wien, 1882.

JELLINEK, Georg. Gesetz und Verordnung. Freiburg, 1887.

JELLINEK, Georg. System der subjektiven Öffentlichen Rechte. Freiburg, 1892.

LAWRENCE, T. J. The principles of International Law. London, 1895.

LISZT, Franz v. Das Völkerrecht. Berlin, 1898.

LISZT, Franz v. Das Völkerrecht. Berlin, 1915.

KAARTVEDT, Alf. Norsk utenrikspolitikk historie, bind 1. Oslo, 1995.

KERSTEN, Jens. Georg Jellinek und die klassische Staatslehre. Tübingen, 2000.

KJELLÉN, Rudolf. Unionen I-III. Stockholm, 1893-1894.

KOLDERUP-ROSENVINGE. Grunrids av den positive Folkeret. Kjøbenhavn, 1835.

LAUTERPACHT, H. The function of law in the international community. Oxford, 1933.

MAZTEN, Henning. Forelæsninger over den positive folkeræt. Kjøbenhavn, 1900.

MERRIAM, C. E. History of the theory of sovereignty since Rosseau. New York, 1900.

MICHALSEN, Dag. Folkerett mellom unionspolitikk og rettsvitenskapelig forskning foran 1905 – L.M.B. Auberts 'Noregs folkeretslige Stilling', 1897. Jussens Venner nr. 1 2002 s. 46-72.

MORGENSTIERNE, Bredo. Stater og Statsforbindelser. Tidsskrift for Retsvidenskap 1896 s. 1-54.

MORGENSTIERNE, Bredo. Nye Bidrag til Bestemmelse af Statens Begreb. Tidsskrift for Retsvidenskap 1897 s. 80-96.

MORGENSTIERNE, Bredo. Den Unionelle Ret. Kristiania, 1897.

MORGENSTIERNE, Bredo. Norges Ret til fælles Udenrigsstyre. Særtrykk av artiklar i Aftenposten, trykt i Den Unionelle Ret. Kristiania, 1897.

MORGENSTIERNE, Bredo. Høires og Venstres Unionspolitikk. Særtrykk av artiklar i Aftenposten. Kristiania, 1891.

NUSSBAUM, Arthur. A concise history of international law. New York, 1950.

OMANG, Reidar. Norsk utenrikstjeneste, grunnleggende år. Oslo, 1955.

OPPENHEIM, L. The Science of International Law: Its Task and Method. The American Journal of International Law, vol. 2, no. 2. Apr. 1908.

OPPENHEIM, L. International Law, a treatise. Vol 1. London, 1905.

PAULSON, mfl. Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk. Tübingen, 2000.

PHILLIMORE, Sir Robert. Commentaries upon international law, Vol. 1-3. London, 1879.

REUTERSKIÖLD, C. A. Den Svensk-Norska Unionsförfatningen och dess Tidigare Uvecklingshistoria. Stockholm, 1893.

REUTERSKIÖLD, C. A. Folkrätt, bind 1. Stockholm, 1928.

RUUD, Morten, ULFSTEIN, Geir. Innføring i folkerett. Oslo, 1998.

RYDIN, Herman Ludvig. Föreningen emellan Sverige och Noreg. Upsala, 1863.

SARS, Johan Ernst. Den norsk-svenske unionsstrid. Særtrykk av Verdens Gang. Kristiania, 1895.

SHINODA, Hideaki. Re-examining Sovereignty. From Classical Theory to the Global Age. London, 2000.

TERJESEN, Bjørn. Vi skiltes i fred. Oslo 2001.

TRIEPEL, Heinrich. Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig, 1899.

de VATTEL, Emer. The law of nations or the principles of natural law, Vol. 3. Oversetjing av utgåva frå 1758 av Charles G. Fenwick. Washington, 1916.

VERZIJL, J. H. W. International Law in Historical Perspective, part II. Leiden, 1969.

WEIBULL, Jörgen. Inför unionsupplösningen 1905. Stockholm, 1962.

WHEATON, Henry. Elements of international law, 1847. Denne er tatt med i Classics of international law, bind 19. Oxford 1936.

Avisartiklar

GJELSVIK, Nikolaus. Norges Ret til eget Udenrigsstyre. Artiklar i Verdens Gang, 1.10, 4.10, 9.10, 15.10, 25.10, 4.11, 9.11 1897.

Offisielle dokument

- Underdanig Betænkning afgiven af den til Udarbeidelse af Forslag til forandrede Bestemmelser om Norges og Sveriges Forening ved kfl. Resol. af 13de November 1895 nedsatte Komite tilligemed de af Komiteens enkelte Medlemmer udarbejdede Forslag. Kristiania, 1898. Tatt med i "Unionelle Spørgsmål 1886-1898".

Biografier

Svenskt biografiskt handlexikon. Stockholm, 1906.